



Roj: **STSJ AND 8090/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:8090**

Id Cendoj: **41091330022023100473**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **06/06/2023**

Nº de Recurso: **255/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE SANTOS GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SEVILLA

SENTENCIA

ILMOS. SRES:

D. JOSÉ SANTOS GÓMEZ

D. ÁNGEL SALAS GALLEGO

D. PEDRO M. RODRÍGUEZ ROSALES

Sevilla a seis de junio de dos mil veintitrés

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, formada por los magistrados que arriba se expresan, ha visto **EN NOMBRE DEL REY** el recurso de apelación nº. **255/2022**, interpuesto contra la *sentencia* de 13 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, en los autos 190/2020, siendo parte apelante **doña Tomasa**, representada por la Procuradora Sra. Abaurrea Aya y como parte apelada **La Gerencia de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Sevilla**, representada y asistida por el Sr. Letrado de sus servicios jurídicos. Ha sido ponente el magistrado Ilmo. Sr. D. José Santos Gómez, quién expresa el parecer de la Sección Segunda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 13 de diciembre de 2021, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de 11 de marzo de 2020 del Consejo de Gobierno de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Sevilla, por el que se desestimó el recurso de alzada formulado contra Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 23 de julio de 2019, en el que se ordenaba la inmediata suspensión del uso de la vivienda en la finca sita en CALLE000 nº. NUM000 Planta, así como la suspensión de suministros e inicio de procedimiento para desmontaje de instalaciones e imposición de multas coercitivas ampliado al Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 11 de diciembre de 2019, por el que se impone la primera multa coercitiva por incumplimiento del Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 23 de julio de 2019.

SEGUNDO.- Contra la resolución indicada, se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por doña Tomasa, habiendo las partes expuesto sus alegaciones, que quedan unidas.

TERCERO.- No se ha abierto fase probatoria en esta instancia.

CUARTO.- Señalado día para votación y fallo, tuvo este lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se fundamenta esencialmente el recurso de apelación en que la sentencia apelada descarta que nos encontremos ante una situación de asimilado a fuera de ordenación. Ya se expuso en la instancia que no cabe disociar las instalaciones (edificación) de su uso para considerar prescrita la acción de restablecimiento respecto de aquellas pero no respecto de éste (por ser continuado).

Entiende que al estar prescrita la acción para el restablecimiento de la legalidad respecto de lo edificado (las instalaciones como vivienda) por el transcurso de no solo 4 o 6 años, sino de 30 desde su terminación como tal en 1988/1989 (que ha quedado plenamente acreditado y ni siquiera controvertido), lo cual se aplica indisolublemente al uso como tal vivienda, no era correcto abrir procedimiento de reposición y acordar finalmente la demolición de dichas instalaciones (de modo definitivo, aplicando el art. 183 de la LOUA), ni siquiera suspender tal uso y los suministros asociados (aunque fuera cautelarmente, aplicando el art. 181 LOUA), como han hecho los acuerdos impugnados, encontrándonos ante una edificación e instalaciones de vivienda (con uso propio como tal) asimilada a fuera de ordenación, con las consecuencias de no ser legalizables, ni poder obtener licencia de primera ocupación, pero si de mantenerse como están (instalaciones y usos), sin mejoras, hasta su terminación.

En segundo lugar y en el hipotético caso de que fuera disociable el uso de la edificación o instalación, la reacción de la Administración no sería sin sujeción a plazo de prescripción o con prescripción cuyo plazo comenzara desde la finalización del uso (como actividad continuada), sino que se sujeta siempre a un plazo de prescripción que empieza a contar desde la terminación de la obra de la que deriva dicho uso o, en última instancia, desde la aparición de signos exteriores de su implantación, lo cual ha quedado acreditado y ni siquiera controvertido que ha sido desde 1988/1989.

La sentencia es incorrecta en la imposición de la multa, pues si no era procedente la suspensión cautelar, menos aún la imposición de la multa coercitiva. Además cuando se notifica la imposición no se desobedeció ninguna orden.

SEGUNDO.- La dirección jurídica de la Administración, como parte apelada, solicita la desestimación del recurso de apelación y afirma que no estamos ante una orden de demolición de lo edificado, ante una orden de demolición de una construcción ilegal, sino ante una orden de suspensión definitiva (tras la cautelar previa), de eliminación de un uso concreto (el residencial), con la orden complementaria de desmontar instalaciones de electricidad, fontanería, climatización y aparatos sanitarios, desmontaje imprescindible para hacer efectiva la cesación del uso. Meridianamente se advierte que la orden principal es la de suspensión, cese o eliminación del uso residencial, y la orden accesorio o complementaria de la anterior (necesaria para hacerla efectiva) es la de desmontaje de las instalaciones mencionadas.

Indica que la idea de que el uso va unido a la construcción es artificiosa y carente de fundamento. En este caso, la construcción era legal (contaba con licencia), pero no su uso residencial. Se produjo el cambio de uso del cuerpo constructivo de la planta ático de trastero comunitario (único uso autorizado) a uso residencial, pero tal cambio necesitaba licencia. Al carecer el nuevo uso de licencia y siendo no legalizable, devenía procedente el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística mediante el dictado de la orden de suspensión. Subraya que el trastero comunitario en planta ático cuenta con licencia, es un cuerpo edificado autorizado con ese exclusivo uso y que no precisa para su legalidad de la aplicación del régimen asimilado a fuera de ordenación. El planteamiento de la parte apelante en cuanto a la aplicación del régimen de asimilado a fuera de ordenación es completamente desenfocado: no es aplicable, por innecesario, a la construcción de la planta ático, al contar esta ya desde el año 1989 con la correspondiente licencia, ni es aplicable al uso residencial que se desarrolla en ella por no concurrir el requisito exigido por el art. 53.1 del RDUJ.

Sobre el cómputo del plazo de caducidad se defiende que el inicio del cómputo de plazo de 6 años, ha de ser a la fecha de terminación de la obra, edificación o instalación o, subsidiariamente, al momento en que existan signos exteriores del uso en cuestión. Conforme a la doctrina jurisprudencial que cita, cabe concluir que estamos ante un incumplimiento continuado, por lo que el plazo de caducidad de la acción solo comenzaría a correr desde el momento en que cese el incumplimiento..

Respecto a la imposición de la multa coercitiva, la sentencia considera ajustada la orden de suspensión y para evitar la imposición de multas coercitivas no se exigía la prueba de un hecho negativo.

TERCERO.- Como cuestión previa interesa destacar que efectivamente el último párrafo del encabezamiento de la sentencia apelada, refiere que el litigio versa sobre sanción, si bien, debe entenderse que la afirmación es irrelevante, debido a que en el contenido de la sentencia se delimita correctamente el acto objeto de recurso contencioso administrativo y sobre el mismo y la pretensión de la entonces parte actora se enjuició el pleito.



Esta Sala asume plenamente el contenido del fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada y en especial el razonamiento: " Hemos de aclarar que el objeto de los actos administrativos recurridos no es la demolición de obras ilegales, sino la suspensión definitiva, la eliminación, de un uso determinado (el uso residencial) por su incompatibilidad con lo dispuesto en la ordenación urbanística aplicable, en las Normas Urbanísticas del PGOU de Sevilla". A la orden de restitución se acompañaba de la orden complementaria del desmontaje de las instalaciones de electricidad, fontanería y climatización, así como de los aparatos sanitarios, desmontaje imprescindible para hacer efectiva la cesación del uso en cuestión."

Por ello, no puede estimarse el recurso de apelación que al igual que en la instancia insiste erróneamente en que las ordenes eran de demolición, pero ha de insistirse en que las ordenes eran de suspensión.

No cabe hablar de disociación de edificación e instalaciones y usos y como consecuencia de ello, concluir una situación de asimilación a fuera de ordenación. La parte apelante afirma sin acierto que el cuerpo constructivo existente en la planta ático del edificio, es ilegal, y en su caso debe considerarse asimilado a fuera de ordenación. No obstante, el indicado aserto no puede aceptarse, pues como indica con acierto la sentencia apelada por acuerdo de 25 de julio de 1989, se otorgó licencia de trastero comunitario en planta ático. Por tanto, el cuerpo constructivo de la planta ático tenía licencia de trastero comunitario, de ahí, que sobre dicho cuerpo constructivo la Administración, no haya iniciado medida alguna cautelar ni definitiva de protección de legalidad ni de restauración urbanística. Ergo si no caben las medidas de protección ni de restauración, menos aún cabe invocar la asimilación a la situación de fuera de ordenación, al no concurrir los condicionantes jurídicos del art. 53 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo

CUARTO.- La ilegalidad como se ha dicho no recaía sobre el cuerpo constructivo, sino sobre el uso del mismo. Efectivamente el uso reprochado por las pristinas resoluciones administrativas no se correspondía con el de trastero comunitario, para el que estaba autorizado el cuerpo constructivo, sino que se trataba de un uso residencial para el que se carecía de autorización y licencia, de ahí, que la Administración dictase las resoluciones objeto de recurso.

No puede cuestionarse que los usos urbanísticos estén sujetos a licencia previa, pues así se desprende del art. 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre y del art. 8 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo. Esta Sala y Sección se ha pronunciado sobre ello, en sentencia de 3 de noviembre de 2020, dictada en el recurso de apelación nº. 1016/2018, de la que cabe destacar lo siguiente:

"**TERCERO.-** El artículo 169 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía supedita a la obtención de licencia La ocupación y la primera utilización de los edificios, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso.

El destino del local a aparcamiento contradice el artículo 12.2.25.3 f) de las normas particulares del Casco Histórico, condiciones particulares de uso, contenidas en el Plan General, que el de garaje-aparcamiento solo lo permite en edificios no exclusivos en sótanos, salvo en rehabilitaciones o viviendas unifamiliares o bifamiliares, donde se permiten en planta baja. Por tanto el acto no puede entenderse legitimado con la simple declaración responsable o comunicación previa del artículo 169 bis de la ley citada, las cuales de todos modos no han existido porque el actor no las ha promovido, como tampoco la licencia para la actividad de aparcamiento.

El artículo 8 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía sujeta a licencia La ocupación y la utilización de los edificios, o elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso total o parcial y la utilización del suelo para el desarrollo de actividades mercantiles, industriales, profesionales, de servicios u otras análogas.

Por tanto estas actividades están sujetas a licencia de utilización, cuyo objeto es comprobar que el uso previsto para un edificio, o parte del mismo, es conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación (artículo 7 del reglamento).

La licencia es un acto reglado y expreso de la Administración, luego no se gana por el simple ejercicio de la actividad, ni siquiera cuando la consienten o toleran la Comunidad de Propietarios (por cierto, condicionadamente) donde está el local o el Ayuntamiento, por lo que el demandante no puede ampararse en el ejercicio del negocio de aparcamiento durante un espacio de tiempo, clandestinamente en lo que a la cuestión aquí planteada respecta, por muy prolongado que haya sido".

QUINTO.- El supuesto contemplado en la sentencia referida de esta Sala y Sección es similar al presente, en la medida en que se trataba de un uso urbanístico no permitido, sobre el que la Administración reaccionó al igual que en el presente caso, con la utilización de las medidas del art. 181 de la Ley 17/2002 y así lo expresaba la sentencia en su fundamento de derecho séptimo : "Las normas citadas no permiten una solución menos perjudicial ni de otra clase ante circunstancias como las del supuesto enjuiciado. El artículo 181 manda que la Alcaldía ordene la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución y los mismo



el artículo 42 del Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que recuerda que la orden tiene carácter inmediatamente ejecutivo y permite el precintado de las obras, instalaciones o usos".

Solo resta afirmar que el uso ilegal por inautorizado era permanente y continuado, por lo que esta Sala comparte la consideración de la sentencia apelada en su fundamento de derecho tercero, referente a la improcedencia de la alegación de caducidad del art. 185 de la Ley 17/2002, pues mientras permaneciera el uso ilegal, la Administración estaba legitimada para actuar la legalidad.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 22 de junio de 2001, dictada en el recurso contencioso administrativo nº. 498/1998, en la que se expresaba:

"Y subrayando que por suelo ha de entenderse no sólo el natural, la corteza terrestre, sino también el artificial creado por el hombre, es decir, la superficie construida (S 29 septiembre 1989) ha de señalarse, por un lado, que el plazo previsto en el art. 185 como límite temporal para el ejercicio de las potestades administrativas opera respecto de los actos de edificación pero no en el ámbito del uso, actividad continuada (SS 10 octubre 1988 y 15 septiembre 1989), y, por otro, que la licencia de primera utilización o cambio de uso, en lo que ahora importa, controla aspectos que exceden de la mera comprobación de que las obras se ajustan al proyecto para el que se obtuvo licencia, muy especialmente las cuestiones de seguridad [art. 21.2A) Rgto de servicios de las Corporaciones locales]."

Así pues, en atención a que la infracción de cambio ilegal de uso es de naturaleza continuada porque no se agota en el momento de cambiarse por primera vez el uso, sino que se mantiene durante todo el tiempo en que se continúa haciendo un uso ilegal de la edificación, el plazo de prescripción no se iniciaría sino a partir del momento en que cesase el uso ilegal".

SEXTO.- Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2006, dictada en el recurso de casación nº. 1998/2003, indicaba:

"La doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias citadas por la recurrente se elaboró en contemplación del primer supuesto y no del segundo, pues todas ellas aluden a las alteraciones del uso para el que se concedieron las licencias, y por ello en la de 15 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6574) se declara que "si la Administración puede impedir el uso del suelo ilegal en tanto que éste dure, será razonable que el plazo de prescripción no empiece a correr mientras se mantenga el uso", y en la de 22 de enero de 1992 (RJ 1992, 1415), siguiendo idéntico criterio a la de 21 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2933), se alude a que "la Administración con los medios legales oportunos y adecuados puede impedir la alteración del uso del desván a la propietaria del ático que, desde luego, no ha adquirido por prescripción".

Por último, la imposición de la multa coercitiva era procedente, debido al uso ilegal y a la persistencia del mismo, pues no se comunicó suspensión cautelar de uso alguno, antes al contrario, la inspección realizada el 18 de noviembre de 2019, acreditó que la situación "continúa en el mismo estado que en la visita de 24 de abril de 2019", de ahí, que se estuviera incumpliendo la orden de suspensión cautelar de 23 de julio de 2019 y procediese la imposición de la multa coercitiva.

Por lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación.

SÉPTIMO.-Procede conforme al art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción la imposición de las costas a la partes apelante, sin que pueda exigirse mayor cantidad de 800 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 13 de diciembre de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8, dictada en los autos nº. 190/2020. Condena en costas a los apelantes.

Hágase saber a las partes que contra esta sentencia puede haber recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días siguientes a la notificación, si concurriesen los requisitos de los art. 86 y siguientes de la ley reguladora de la Jurisdicción..

Con certificación de esta sentencia, devuélvase el expediente al lugar de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.