



Roj: **STSJ AND 8194/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:8194**

Id Cendoj: **41091330022023100541**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **19/06/2023**

Nº de Recurso: **167/2022**

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. LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ

D. PEDRO M. RODRÍGUEZ ROSALES

Sevilla a diecinueve 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. **167/2022**, interpuesto contra la *sentencia* de 6 de octubre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, en los autos abreviados 36/2021, siendo parte apelante **don Sabino** representado por el Procurador Sr. Álvarez Rodríguez y parte apelada **El Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira**, representados y asistidos por el Letrado Sr. Galán Vioque. 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 6 de octubre de 2021, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, dictó *sentencia* cuya parte dispositiva desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 12 de marzo de 2021, que desestima el recurso potestativo de reposición formulado contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de marzo de 2020 que ordena la restauración del orden jurídico perturbado por actuaciones consistentes en la ejecución de cerramiento con malla de simple torsión, en el expediente nº. NUM000 Albaraka.

**SEGUNDO.-** Contra la resolución indicada, se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de don Sabino, 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 la existencia de caducidad pues el Ayuntamiento había resuelto extemporaneamente y, en suma, había caducado el procedimiento administrativo, ya que no respetó el plazo de un mes previsto para resolver los procedimientos de legalidad urbanística en el art. 52.3 del Reglamento de Disciplina Urbanística.

Aduce la competencia de la Alcaldía para iniciar e instruir el procedimiento, pues el art. 21.3.K) de la Ley de Bases de Régimen Local, refiere como no delegables las acciones administrativas y el ejercicio y articulación de un procedimiento de legalidad urbanística es una acción administrativa.

Sobre la falta de motivación de la resolución impugnada la sentencia no enerva la argumentación de la demanda.

Insiste en que la normativa general como la urbanística exigen que se emitan informes revistiendo una determinada formalidad, entre ellas que su emisor sea funcionario público, pues está participando de potestades administrativas. Y en la falta de notificación a terceros interesados.

Indica que la actuación no puede incardinarse en lo previsto en el art. 66 de la LOUA. Igualmente no se tienen en cuenta las previsiones del art. 33 y 37 del Plan General, el cerramiento solo requiere licencia si es de obra fija, lo que puede predicarse del cerramiento instalado.

Considera ineficaz el plan general e infracción de los principios de proporcionalidad, menor demolición e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Por la dirección jurídica de la parte apelada se solicita la desestimación del recurso de apelación, por considerarlo una reiteración de lo alegado en la instancia. El procedimiento que debía aplicarse era el ordinario, además el apelante se contradice al afirmar que la instalación era manifiestamente ilegal y en otros motivos sostiene lo contrario.

Indica que el Concejal de Urbanismo procedió a la incoación e instrucción del expediente por expresa delegación de la Alcaldía. La resolución está plenamente motivada.

Apunta que la Ley 7/2002, sólo exigía la condición de funcionario público para los procedimientos sancionadores. La ilegalidad de la construcción se manifiesta en el expediente administrativo y el Pgou es eficaz.

**SEGUNDO.-** No era procedente la aplicación del procedimiento administrativo establecido en el art. 52 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, pues con independencia de que la Administración procedió a la elección del procedimiento ordinario de los art. 181 y 182 de la Ley 7/2002; el procedimiento del art. 52 del Decreto 60/2010, está previsto para los supuestos en los que se debe acordar la demolición por urbanización o edificación manifiestamente incompatible con la ordenación urbanística. La premisa mayor de la que se debe partir es la indicada demolición, entendida como destrucción de edificios y estructuras, que no concurre en el supuesto que se enjuicia, pues lo que se acordó fue la reposición a su estado originario de la situación física alterada consistente en ejecución de cerramiento sin licencia. Además no concurren los supuestos exigidos en el art. 52.2, pues aunque exista percelación ilegal, ya se ha dicho, que la medida que se adoptó no fue la demolición sino la reposición a su estado originario, de ahí, que estuviese indicado el procedimiento ordinario de los art. 181 y 182 de la extinta Ley 7/2002, en relación con el art. 49 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo. A mayor abundamiento no resulta coherente la postulación del procedimiento del art. 52 del Decreto 60/2010, lo que conlleva el convencimiento de una absoluta incompatibilidad de la actuación con la ordenación urbanística y al mismo tiempo sostener en otros pasajes del recurso de apelación que la actuación no era ilegal.

**TERCERO.-** La actuación era delegable por parte de la Alcaldía a tenor de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, pues no puede sostenerse la aplicación del art. 21.3. k), en la medida en que las acciones administrativas a las que se refiere el precepto como no delegables, son las que pueda ejercitar el Ayuntamiento externamente en defensa de sus propios intereses, pero no puede abarcar los procedimientos administrativos que puede ejercitar en el ejercicio interno de sus propias potestades y competencias, de ahí, que se acordara la delegación por resolución de la Alcaldía nº. 562/2017 (BOP de 8 de enero de 2018)

Esta Sala ha expresado en reiteradas sentencias, por todas la de 15 de enero de 1999 (recurso 1911/94) que la motivación en cuanto discurso justificativo de la decisión de la Administración, responde a la necesidad de que se exterioricen las razones por las cuales se llega a emitir un determinado juicio o decisión, siendo su finalidad la de evitar la arbitrariedad administrativa. En este sentido la motivación conecta el acto con la legalidad, estableciendo un enlace entre el acto y el ordenamiento, haciendo ver que toda decisión administrativa es una especificación o particularización de la norma. Se otorga así racionalidad a la actividad administrativa, facilitando su fiscalización y evitando situaciones de indefensión que surgirían si el administrado no conociera los motivos o causas del ejercicio de sus potestades por los poderes públicos.



Con arreglo a la doctrina expuesta las resoluciones están plenamente motivadas, debido a que se fundamentan en los informes técnicos y jurídicos. Las resoluciones indican que la ejecución del cerramiento perimetral del terreno en suelo no urbanizable con malla de simple torsión, es un cerramiento fijo y constituye la materialización efectiva de la parcelación urbanística y, en todo caso, la ejecución del cerramiento es un acto sujeto a licencia, por lo que no cabe hablar de falta de motivación ni por supuesto de indefensión alguna.

**CUARTO.-** Tampoco es asumible la alegación referente a la obligatoriedad de que los informes técnicos sean realizados por funcionarios públicos, pues la exigencia del art. 195.2 de la Ley 7/2002, se refería a la condición de funcionarios públicos respecto la instrucción de procedimientos sancionadores.

Es digna de mención al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2023 (rec. de casación nº. 8778/2021) que expresa lo que sigue: "La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas ( art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Esta previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen".

**QUINTO.-** En cuanto a la eficacia del Plan General no puede ofrecer duda al estar publicado, cabe recordar lo dicho por el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de octubre de 2010 (rec. casación nº. 4289/2006), en la que se afirmaba: "así lo viene declarando esta Sala de modo reiterado y uniforme. Así es, hemos declarado, por todas Sentencia de 10 de diciembre de 2001 (recurso de casación nº 4169/1997) –seguida en otras de 16 de abril de 2003 (recurso de casación nº 6692/1999) ( RJ 2003, 4530) y de 6 de mayo de 2002 (recurso de casación nº 4356/1998) ( RJ 2002, 9952) entre otras--, que << es indudable, en todo caso, que la publicación formal y necesaria determina la entrada en vigor de la norma publicada, y así se viene exigiendo en la jurisprudencia que se cita en el motivo, para las ordenanzas y disposiciones de todos los planes de urbanismo que participan de la naturaleza de norma jurídica, conforme al artículo 70.2 de la Ley 7/1985 antes y después de su reforma por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre ( RCL 1994, 3561) (últimamente en las sentencias de 20 de septiembre ( RJ 2000, 7320) y 30 de junio de 2000 ), siendo pertinente precisar que consideramos que dicho precepto tiene fundamento en el artículo 149.1.8ª de la Constitución ( RCL 1978, 2836) . La necesidad de publicación no alcanza a los demás documentos o elementos que forman parte del Plan siempre que no sea normas ni participen de su naturaleza, como planos, gráficos o textos no normativos".

La ilegalidad de la actuación por vulneración de la Ley 7/2002 y del Decreto 60/2010, así como del art. 87 del Pgo vigente, por tratarse de un acto de parcelación ilegal y no contar con licencia, lleva aparejada la improcedencia de la invocación del principio de proporcionalidad, pues como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 (EDJ2006/83949), "se ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad ( Sentencias de 28 de abril de 2000 EDJ2000/9061, 15 de octubre de 2001 EDJ2001/35548, 23 de octubre de 2001 EDJ2001/49721 y 2 de octubre de 2002 EDJ2002/42791 ). Las referidas sentencias sientan la doctrina de que el principio de proporcionalidad "opera en dos tipos de supuestos: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. En los casos de actuaciones que, como la que se enjuicia, contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos (así se declara, por ejemplo, en los mismos casos resueltos en las sentencias de 16 de mayo de 1990 EDJ1990/5139 y de 3 de diciembre de 1991 EDJ1991/11489) por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad. La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley ( art. 103.1 CE) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición".

Es evidente que la doctrina expuesta y referida a los supuestos de demolición es aplicable a los casos de restauración y reposición del orden jurídico perturbado.

Por lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación.



**SEXTO.-** 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 6 de octubre de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, dictada en los autos nº. 36/2021. Condena en costas a la parte apelante en los términos expuestos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ