



Roj: **STSJ AND 8702/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:8702**

Id Cendoj: **29067330022023100393**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **24/05/2023**

Nº de Recurso: **1708/2022**

Nº de Resolución: **1401/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **SANTIAGO MACHO MACHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745020160003946.

Procedimiento: Recurso de Apelación 1708/2022.

De: Benita

Procurador/a: CECILIA MOLINA PEREZ

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA (GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS)

Procurador/a: AURELIA BERBEL CASCALES

SENTENCIA NÚMERO 1401/2023

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADA/O

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 24 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 1708/22, interpuesto por la Procurador Sra. Molina Pérez, en nombre de doña Benita, asistida por la Letrada Sra. Muñoz Poy Sánchez, contra la sentencia nº 125/2022, de 8 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de MÁLAGA, al PO 535/16, compareciendo parte apelada la GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO, ORAS E INFRAESGTRUCTURAS del Ayuntamiento de Málaga, representada por la Procuradora Sra. Berbel Cascales, y asistida por Letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de Málaga dictó la sentencia en el encabezamiento reseñada que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia es interpuesto y sustanciado recurso de apelación a 17/05/22, exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir Sentencia estimando el recurso de apelación, anulando la Sentencia recurrida en base al contenido del presente recurso de apelación y estimando el recurso contencioso-administrativo declare que procede anular la Resolución que desestima nuestro Recurso de Reposición interpuesto, todo ello por no ser acorde a Derecho la Resolución impugnada por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito.

TERCERO.- La parte apelada presenta escrito el 20/07/22 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir sentencia en la que se desestime el recurso y se confirme la sentencia objeto de impugnación.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma, sin que ninguna de ellas solicitara el recibimiento a prueba, vista o conclusiones, se señaló para votación y fallo, que ha tenido lugar hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de Málaga dictó la sentencia nº 125/2022, de 8 de abril, al PO 535/16, falla:

Que DESESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora de los Tribunales Sra. Cecilia Molina Pérez, en nombre y representación de Da Benita , recurso contencioso administrativo contra la GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO frente a la Resolución de fecha 15 de junio de 2016 dictada por el Alcalde-Presidente del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructura del Excmo. Ayuntamiento de Málaga mediante la que fue desestimado el Recurso de Reposición interpuesto con fecha 18 de diciembre de 2015 contra la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2015 y se requirió dar cumplimiento a la orden de demolición dictada y frente a la Resolución de 10 de abril de 2017, con imposición de las costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- La parte apelante alega un síntesis:

- La sentencia dictada ha incurrido en error de aplicación de los hechos objeto de este procedimiento. Revisión crítica de los fundamentos de la misma. Análisis de la misma.

En análisis formal de la Sentencia recurrida, debemos advertir en primer lugar error en la descripción de los hechos acaecidos en el Fundamento Segundo respecto de la caducidad del procedimiento.

Hemos de señalar que como decíamos en nuestro escrito de demanda la caducidad es un modo de terminación el procedimiento por el transcurso del plazo fijado en la norma y en ese sentido la Sentencia advierte que se ha realizado una notificación previa pero no queda acreditado por ningún medio en el expediente que se tratara del texto íntegro de la resolución ni tan siquiera que las circunstancias que mediaron la imposibilidad de llevar a cabo la notificación fuesen imputables al demandante.

Es una máxima que no puede olvidarse que la figura de la caducidad implica unos efectos preclusivos que tienen carácter de orden público y que, por tanto puede ser alegada en cualquier momento, pudiendo ser apreciada incluso de oficio por el Tribunal. Cuestión esta que no se ha tratado ni tan siquiera en el cuerpo de la Sentencia aquí recurrida.

Habiendo transcurrido más de un año entre la fecha del acuerdo de iniciación el procedimiento el 14 de Noviembre de 2014 y la de notificación de la Resolución que le puso fin el 19 de Noviembre de 2015, la Administración debió declarar la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones.

Correlativamente en el Fundamento Tercero, encontramos nuevamente error en la transcripción de los Hechos en tanto que la caducidad de la acción queda acreditada en el propio expediente administrativo, cuestión esta que no ha tenido la mayor relevancia ni incidencia en la Sentencia aquí recurrida.

En nuestro escrito de Demanda hacíamos expresa mención a que;

" El hecho cierto es que dicho movimiento de tierras y la apertura de los huecos en el desván estaban ejecutados en el año 2008, como fue acreditado en el expediente administrativo y ha sido reconocido por la Administración.

Tanto el Informe de fecha 20 de Marzo 2015, emitido por el Servicio Técnico de Disciplina Urbanística, obrante a los folios 98 y 99 del expediente administrativo, como en el texto de la Resolución del Alcalde-Presidente del Consejo Rector de la GMU, de 3 de Noviembre de 2015, cuyo traslado a esta parte obra a los folios 107 a 111



del Expediente Administrativo, y en la que se transcribe el Informe Técnico anteriormente aludido, se señala literalmente en el resultando que aparece a tercer lugar contestando a nuestras alegaciones:

"Respecto la caducidad de las acciones se informa que se comprueba que los movimientos de tierra (nivel 0 y 1) y la apertura de los huecos en bajo cubierta estaban ejecutados en 2008 (...)".

Este hecho descrito anteriormente es reconocido por la Abogada de la Gerencia Municipal de Urbanismo en el momento que señala que ella misma reconoce que el interior del inmueble "no duda que existiera solo que no le quedaba claro la existencia de los huecos de ventana" hecho reconocido por la abogada de la administración en el acto de la vista del pasado 16 de abril de 2021, donde se practicó la prueba testifical.

A mayor análisis en el video de la prueba pericial puede acreditarse tal caducidad con la testifical de los propuestos por esta parte a las preguntas formuladas tanto por la administración pública como por la demandante. Concretamente existe error de hecho en la transcripción de la afirmación de D. Adriano pues en el minuto 5.27seg del vídeo se observa que el mismo no afirma con rotundidad que sean obras del año 2012 como se transcribe en la Sentencia, sino que literalmente dice que fue aproximado y que tendría que mirarlo pero que cierto no es el dato, dejando claro que las obras realizadas por su empresa solo se remitieron a obras de reforma y que tanto la compartimentación del nivel 0 como el uso vividero existían cuando ellos iniciaron sus trabajos.

Del mismo modo la prueba testifical del Sr. Alexander (constructor que realizó varias actuaciones en el año 2007) afirman que las obras de movimientos de tierra e incluso alicatados y alisados de paredes existían en esa fecha, dando incluso datos de la colocación de las ventanas, todo ello en el nivel 0 y mayores detalles de la constancia de las mismas.

A preguntas de la Abogada de la administración responde que las obras que él ejecutó las llevó a cabo en el sótano de la vivienda (minuto 10.48 seg aprox) siéndole mostradas en ese momento fotografías de la vivienda y reconociendo que el mismo se encontraba a nivel de piscina es decir en el nivel 0 de la vivienda.

Es importante hacer mención a que no se han realizados obras nuevas en el inmueble ni ampliaciones de volúmenes y que como tal todas constaban en la licencia de primera ocupación y en la descripción registral del mismo por tanto son edificaciones legales en todos sus aspectos.

Si avanzamos en el análisis formal y crítico de la Sentencia de instancia, debemos señalar que en el mismo Fundamento Tercero nuevamente aparece error de apreciación en la redacción de los hechos en tanto que parece confuso que la ejecución de los vaciados de tierra y por tanto la creación de los espacios o volúmenes interiores que se pretenden tildar de infracción urbanística no existieran con antigüedad suficiente para que se acredite la caducidad de la acción de restablecimiento, máxime cuando aparecen desde el proyecto original, licencia de primera ocupación y como hemos señalado incluso inscritos a nivel registral.

La fundamentación dada en la Sentencia aquí recurrida respecto de la posible comisión de una infracción urbanística continuada no tiene sentido alguno al intentar englobar obras de carácter general en la vivienda en años consecutivos sin más argumentación ni justificación. Habla la sentencia de la creación de un espacio nuevo creado con una pérgola etc.. hemos de señalar que las pérgolas toldos y cualquier instalación similar no producen por sí mismas cómputo de edificabilidad según los propios criterios del PGOU 2011 de Málaga, y que por tanto el cambio de localización en la planta 1 de la pérgola de la zona derecha a izquierda pudiera suponer una comisión de una infracción urbanística (el PGOU ha omitido la solicitud de licencias así como la propia normativa urbanística para la instalación de este tipo de estructuras que solo sirven para quitar el soleamiento). El cierre tipo lumón tampoco crearía por sí mismo las condiciones de ampliación de vivienda u obra nueva pues no reúne de manera independiente las características propias de la habitabilidad. No obstante, lo más importante es que se trataría del cambio de una instalación preexistente de lugar y todo ello en uno de los niveles del inmueble sin ser obras con carácter general y las condiciones dadas por el Reglamento de Disciplina.

El propio artículo 84.2. del Reglamento de Disciplina Urbanística RDU 60/2010 de 16 de Marzo las describe así;

En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma. Constituye infracción urbanística continuada, la actividad consistente en la repetición de actos que sean constitutivos del mismo tipo de infracción administrativa cuando todos ellos tengan una unidad de objetivo dentro de un mismo ámbito territorial, definido registral o físicamente. A estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

a) La existencia de una pluralidad de acciones u omisiones con cierta vinculación espacial y temporal que sean ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.



b) *La homogeneidad del valor territorial y urbanístico a proteger, en su caso.*

c) *La identidad o semejanza del precepto objeto de contravención.*

En ningún caso se podría considerar que se dan los supuestos para considerar una infracción urbanística continuada por realizar obras de reforma interior en distintos niveles de la vivienda. En primer lugar, porque a la solicitud de licencia e inicio de las obras de reforma ya había transcurrido con creces el plazo de cuatro años establecido en ese momento, y en segundo lugar porque el cambio de ubicación de una instalación desmontable y nueva instalación no puede considerarse en ningún caso incluida en los supuestos del art. 84.2 del RDUa por tanto carece de sentido esta interpretación extensiva de la normativa urbanística.

Igualmente en análisis de este mismo fundamento, no podemos admitir la consideración de que referente a la prueba documental aportada informe del perito Alesoto Arquitectos (emitido por Dña. Macarena), el mismo deba considerarse que es ambiguo o genérico, ya que además de la información emitida por la propia arquitecta en visita al inmueble aporta tanto fotografías como las propias certificaciones de obra de la constructora que se llevaron a cabo en Junio de 2007 con total descripción de las partidas incluidas.

- Infracción de las reglas de valoración de la prueba pericial. Regla de la sana crítica. Error conceptual repetido durante el procedimiento administrativo y judicial.

La conclusión del juzgador con el debido respeto, es opuesta a las máximas de la experiencia o de las reglas de la Sana Crítica. La valoración de la documental y testifical llevada a cabo por esta parte no ha sido desmembrada con la suficiente racionalidad y el resultado de la misma ha sido contrario al perseguido por esta parte. No se puede admitir que se generen conclusiones que con la propia revisión de la testifical practicada o relectura del informe pericial aportado no casen con las conclusiones acaecidas de contrario. La testifical recogida en fase de pruebas debe ser acogida como la mayor de las garantías del procesado en tanto que se citaron a personas responsables de las distintas actuaciones de reforma siendo coincidentes en sus apreciaciones y acreditando que la caducidad de la acción de restablecimiento había sobrevenido.

Traemos a colación la STS de 25 de Junio de 2010. - Arz. 5898 - : (...)

Consideramos, a la vista de la prueba pericial procesal practicada con contradicción de las partes que el Tribunal a quo ha sufrido un error en la apreciación de los hechos y que por parte de mi representada se han llevado a cabo los esfuerzos necesarios para acreditar que realmente en el momento de la inspección llevada a cabo e incoación del expediente de restablecimiento, no se habían realizado obras tendentes a cambiar el uso del volumen ya edificado con anterioridad y que como hemos señalado consta en la propia licencia de primera ocupación e inscripción registral.

- Infracción de la jurisprudencia del tribunal supremo aplicable al principio de menor demolición.

La Sentencia aquí apelada ha llevado a cabo una infracción de la Jurisprudencia aplicable al objeto del procedimiento en base al principio de la menor demolición siendo esta última una actuación recurrible en última instancia y siempre y cuando realmente cause un perjuicio real tanto a terceros como al interés general o público.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Menor Demolición.-

En protección de la legalidad urbanística.

Existe una consolidada jurisprudencia sobre la materia de demolición, indicando que el principio de proporcionalidad ha sido configurado como un medio extraordinario de evitar derribos que procederían por una estricta aplicación de las normas urbanísticas, pero que pugnarían con los principios de justicia material, habida cuenta de que en la construcción, por la complejidad de su técnica, es fácil que, incluso de buena fe, se cometan errores que no deban perjudicar al conjunto de una obra que, globalmente, está dirigida al bien común y suponga una creación de riqueza mediante el esfuerzo del hombre (SSTS 25 de octubre 1989 [RJ 1989,7492] y 16 febrero 1993 [RJ 1993,532], recomendando que la drástica solución del derribo se administre con suma prudencia y cautela, y como medida extrema (SSTS 13 abril y 7 y 15 julio de 1982 (RJ 1982, 2397,5358 y 5426), 2 noviembre 1983(RJ 1983, 5403), 27 diciembre 1990(RJ 1990, 10270) y S.16 marzo1992 (RJ 1992,3274) añadiendo que la demolición de obras es siempre una destrucción de riqueza que puede resultar injustificada y que, salvo exigencias inmediatas del interés público, ha de evitarse (TS. AATS 24 JULIO, 11Y 12 diciembre 1990 (RJ 1990, 6681), 9946y 99561), y que el principio de proporcionalidad, entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir con la demolición, significa el efecto de ponderar la trascendencia que tenga para el interés público la concreta infracción y la perpetuación de la misma, es decir, la diferencia que exista entre el simple desfase de lo permitido por la licencia y lo realmente construido (SSTS 27 junio 1983 (RJ 1983, 3658) y 27 enero 1987(RJ 1987,2003), no reputando procedente la drástica demolición, pues por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con medida y restrictivamente, a fin de evitar que con ella se origine un mal o



resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza, por lo que aquélla ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos verdaderamente límites (SSTS 15 mayo 1980 (RJ 1980, 2807), 25 mayo 1982 (RJ 1982, 4132), 2 de noviembre 1983 (RJ 1983, 5403) y 13 diciembre 1984 (RJ 1981, 2808 y 5271), lo que conlleva a la necesidad de estar siempre al principio de no demolición (SSTS 17 diciembre 1974 y 8 mayo 1980 (RJ 1980, 2880), ya que lo que legitima la intervención administrativa, conforme a los arts.4 y RSCL, es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante del sometimiento a éstos que reitera el art. 106.1 CE (ST 28 febrero 1987, 2014)"

TERCERO.- La parte apelada opone:

- Los motivos que se alegan en el recurso de apelación presentado, básicamente (aunque diga lo contrario), vuelven a repetir los argumentos planteados en la instancia. Todo ello, en relación a la orden de restablecer la legalidad mediante resolución de 10 de abril de 2017 por el acondicionamiento como viviendas de los niveles 0 y 1 del inmueble sito en CALLE000 no NUM000 . Dichos motivos son:
- Caducidad del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística.
- Caducidad de la acción para restablecer la legalidad.

Adelantamos, ya, que ninguno de los motivos alegados puede prosperar, toda vez que la sentencia de instancia se ajusta a derecho, sin que los argumentos de la apelación desvirtúen la valoración de las pruebas que hace la Jueza "a quo", ni las consideraciones jurídicas de ésta para resolver el caso sometido a su enjuiciamiento.

1.- Respecto a la caducidad del procedimiento, en la documental del expediente queda sobradamente acreditado que la notificación de la resolución que pone fin al mismo se practicó dentro del plazo de un año previsto en el art. 182.5 de la LOUA; concretamente se practicó con fecha 19 de noviembre de 2015 a las 11:40 al marido de la promotora de las obras D. Clemente , pero tras dos intentos infructuosos de notificación en los días 10 y 13 de noviembre de 2015.

De tal manera, que en virtud de lo establecido en el art. 58.4 de la Ley 30/1992 RJAPPAC, se debe entender cumplida la obligación de notificar el acto en el plazo del año previsto en el art. 182.5 de la LOUA, pues el procedimiento se había iniciado con fecha 14 de noviembre de 2014.

Y el Juzgador haciendo una correcta interpretación de tales hechos, que constan tanto en la documental del expediente como en la aportada con nuestra contestación, expone lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo anterior, consta del expediente administrativo que se intentó la notificación, por primera vez, el día 10/11/2015, y no puede haber duda de que se trataba de la notificación de la resolución que ponía fin al expediente pues, en el mismo acuse de recibo, se hace constar que finalmente se realizó la notificación el 19 de noviembre del mismo año, hecho este reconocido por la demandante, por lo que no puede dudarse, como lo hace la demandante, de que con esa notificación lo que se pretendía era la notificación del texto íntegro de la resolución, como finalmente se produjo el día 19. Y resulta indiferente la diferencia horaria entre el intento primero de notificación y el segundo, pues a los efectos entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de procedimientos, la primera notificación ya era bastante y suficiente para producir ese efecto Por ello, en base a lo expuesto, no puede acogerse la caducidad planteada.

2.- En cuanto a la caducidad de la acción para restablecer la legalidad, queda igualmente probado que al inicio del procedimiento, de fecha 14 de noviembre de 2014 no habían transcurrido aún el plazo de 4 años que tenía la Administración para reaccionar, según el art. 185 de la LOUA, a contar desde la terminación total de las obras en los niveles 0 y 1 del inmueble que nos ocupa. Es más, según las denuncias de la Policía Local, efectuadas con fechas 27 de julio y 22 de agosto de 2014, se constata claramente que se estaban ejecutando obras de una manera clandestina que no se ajustaban a una licencia de obra menor que tenía. (folios 23 a 33 del e.a.).

Dichas obras, consistían según un informe técnico municipal de fecha 13 de noviembre de 2014 (folios 51 a 53), en:

" Las plantas de sótano en la licencia de obras se denominan nivel 0 y nivel 1 y corresponden con la cota + 93,74 m e inferiores. Siguiendo las directrices del Art. 12.2.28 del P.G.O.U vigente, para que tuvieran consideración de planta sótano y no de planta baja el terreno enterraba parcialmente el nivel 1 y totalmente el nivel 0 esta planta de manera que la cota del terreno no distaba más de 1,5 m del forjado de planta baja. Se ha retirado esta tierra y se han habilitado huecos en los niveles 1 y 0 de manera que al perder estos niveles la consideración de sótano computan para la altura máxima de la edificación pasando el edificio a constar de PB + 3. La altura máxima según ordenanza de aplicación UAS-4 es PB + 1, por lo que se incumple la altura máxima de la edificación y por tanto dicha ampliación no es legalizable. "



Además, las distintas fotografías de los años 2008, 2011 y 2012, ponen en evidencia que en dichos niveles se habían ido ejecutando obras de acondicionamiento como vivienda (compartimentada con nuevos huecos para ventanas, puertas de acceso a terraza, etc) que exceden claramente de las obras previstas en la normativa urbanística aplicable incluso en el supuesto hipotético (no lo han probado) de que los huecos estuvieran ejecutados 4 años antes y la edificación estuviera ante el régimen de asimilado como fuera de ordenación.

Sin embargo, la parte actora, que es quien tiene la carga de la prueba, no ha podido demostrar lo contrario ni en vía administrativa ni en judicial, pues todo lo aportado por ella es de una absoluta imprecisión: el informe de la Arquitecta, la fotografía, el presupuesto, y las testificales.

El Juzgador, haciendo nuevamente una correcta interpretación de los hechos, y de todas las pruebas practicadas, expone de forma impecable lo siguiente:

Sin embargo, el anterior informe resulta muy genérico, no precisando el nivel en el que se encuentran los huecos que se dice se realizaron en el año 2007. Dato este que resulta relevante pues en el informe emitido con fecha 30 de marzo de 2017, y en el que se ampara la resolución de 10 de abril de 2017, se hace constar que en el nivel 0 y 1 se produjo la retirada de tierras y apertura de huecos al menos en el año 2008. Si bien continúa precisando que, posteriormente, la fachada en el nivel 1 ha sufrido modificaciones posteriores, habiéndose creado nuevos huecos y realizado nuevas obras de reforma. Así se dice consta de fotografías de los años 2008, 2011 y 2012 en las que se observa que aparece un porche abierto frontalmente con una pérgola adosada cubierta con cañizo o similar, y después de dichas fotografías ese porche aparece como un elemento cerrado con carpintería acristalada habiendo desaparecido la pérgola.

Resulta de este modo patente que, hubo una alteración o modificación de ese nivel 1 que más allá de la reforma del inmueble, pues consistió en la creación de una nueva estancia, mediante el cerramiento del porche.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe estimarse concurre la continuidad a que se refiere el 84.2 RDU, por cuanto consta que desde el año 2008 se han realizado varias actuaciones en el inmueble, habiendo reconocido la propia demandante que en el año 2008 realizó movimientos de tierra, y apertura de huecos, y que en el año 2013, se estaban ejecutando también obras, sin licencia como la demandante reconoce también, lo que denota una cierta continuidad en el tiempo en la ejecución de obras que justifican la aplicación de dicho precepto.

Por ello, como se afirma en el informe del técnico municipal (F. 51 a 52 EA), así como el Acta levantada por la Policía Local (F. 33 EA) y el informe de 30 de marzo de 2017 Servicio de Infracciones, debe estimarse que las obras ejecutadas exceden de lo que fue objeto de la licencia concedida por resolución de mayo de 2014 (F. 24 a 32 EA).

3.- En cuanto al principio de menor demolición debemos advertir que supone una modificación del petitum de la instancia, lo que ha de ser rechazado por cuanto supone una "mutatio libelli", prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello sin perjuicio, de que el mismo no se justifica en absoluto en supuestos como el actual, de actuaciones sin licencia absolutamente incompatibles con la legalidad urbanística, y la jurisprudencia expone categóricamente, que, en estos casos, la Administración no tiene más remedio que ordenar la demolición: entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2a) en Sentencia de 19 octubre 2007)

CUARTO.- La sentencia impugnada, expuesta las alegaciones de las partes, contiene la siguiente fundamentación:

"...SEGUNDO.- Procederá en primer termino resolver la caducidad del expediente planteada por la demandante, pues, caso de estimarse esta, ya no procedería realizar pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

El art. 182.5 de la Ley 7/2000, vigente al tiempo de iniciarse el expediente administrativo, disponía que "5. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa que recaiga en el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado será de un año a contar desde la fecha de su iniciación".

El anterior precepto debe ser puesto en relación con el art. 58.4 de la Ley 30/92, aplicable también al presente procedimiento, ratione temporis, que dispone que "4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado".

En relación a este último precepto, resulta necesario tener presente la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.a, de 17 de noviembre de 2003, rectificada por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.a en Pleno, de 3 de diciembre de 2013 ("B. O.E." 10 enero 2014) que fija la siguiente doctrina legal en relación con el artículo 58.4 de la Ley 30/1992: El inciso "intento de notificación debidamente acreditado" que emplea el artículo 58.4, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias



legales contempladas en el artículo 59.1, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente. En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo, siempre que quede constancia de ello en el expediente".

El artículo 59 de la Ley 30/1992, establece que "1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado". Teniendo en cuenta lo anterior, consta del expediente administrativo que se intentó la notificación, por primera vez, el día 10/11/2015, y no puede haber duda de que se trataba de la notificación de la resolución que ponía fin al expediente pues, en el mismo acuse de recibo, se hace constar que finalmente se realizó la notificación el 19 de noviembre del mismo año, hecho este reconocido por la demandante, por lo que no puede dudarse, como lo hace la demandante, de que con esa notificación lo que se pretendía era la notificación del texto íntegro de la resolución, como finalmente se produjo el día 19. Y resulta indiferente la diferencia horaria entre el intento primero de notificación y el segundo, pues a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, la primera notificación ya era bastante y suficiente para producir ese efecto. Por ello, en base a lo expuesto, no puede acogerse la caducidad planteada.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, conviene comenzar recordando que, durante la tramitación del presente procedimiento se dictó Resolución de 10 de abril de 2017, por la que se estimaba la pretensión de la recurrente referente a la caducidad de la acción para ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de las obras realizadas en el nivel 4 del inmueble propiedad de la demandante, habiendo manifestado la propia recurrente que, en lo que se refiere a las obras de dicho nivel había obtenido la satisfacción extraprocesal, de modo que, la controversia queda ceñida a las obras del nivel 0 y 1.

Sobre dichas obras, en lo que se refiere a la validez del Acta levantada por la Policía Local por no encontrarse los propietarios en el domicilio y no permitir el acceso al mismo, tales manifestaciones no pueden tener acogida y ello por cuanto, si bien ciertamente no puede permitirse la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), sin embargo, no es necesario que el consentimiento a los agentes fuera dado por los propietarios, sino que es válido el acceso consentido por quien se encontrara en la vivienda. Así, en el Acta en cuestión (F. 33 EA), se hace constar que se encuentra en el lugar el encargado de la obra D. Fidel, y hubo de ser este quien otorgara consentimiento para que los agentes accedieran a la vivienda. Es más, observando las fotos que obran en expediente, difícilmente puede comprenderse que los agentes hubieran podido acceder al inmueble, si alguien no les hubiera facilitado el acceso, en este caso el encargado de la obra, según consta en el Acta. De este modo, ningún fundamento tienen los argumentos de la recurrente sobre la nulidad de dicha Acta.

En cuanto se refiere al hecho de si las obras constituyen infracción urbanística, y sobre la infracción continuada y el amparo de las obras en la licencia obtenida en el año 2014, de la prueba practicada se extraen las siguientes consideraciones.

D. Adriano, quien, preguntado sobre su relación con las partes, refirió que conocía más al marido de la recurrente porque le hizo una obra de reforma en su casa, habiendo realizado alguna obra también para el Ayuntamiento según creía recordar, manifestó que las obras que se realizaron se ejecutaron hace bastante tiempo y que eran obras de reforma, solería, alicatado y alguna instalación. Que no se hicieron obras nuevas, que eran todo reformas. Que sabía que existía licencia, que intentan en todas las obras que la propiedad les facilite la licencia. Que realizó la obra sobre el año 2012. Que las obras cree que se hicieron solo en el nivel 0, según recuerda. Que cree recordar que estaba todo compartimentado, que aquello tenía su uso.

D. Alexander, quien declaró también como testigo, manifestó que realizó algunas obras en la vivienda de la demandante hacia muchos años y que esa era la única relación que había tenido con la demandante, no teniendo ni habiendo tenido nunca relación alguna con el Ayuntamiento ni con la Gerencia, manifestó que cuando llegó estaba la obra ejecutada, que fue por un problema de saneamiento. Que la reparación la hizo antes del año 2008. Que la casa estaba terminada cuando fue y estuvo en el sótano. Exhibida la foto que obra al F. 66 del EA manifestó que la actuación que hizo fue a nivel de cota de piscina. Que esa planta estaba toda diáfana, pero tenía solería, aunque no estaba compartimentada. Que en el desnivel no hizo ninguna actuación.

En el informe pericial aportado por la recurrente que obra al F. 75 a 79 EA, se dice que la construcción general tiene una antigüedad superior a los siete años, y las obras correspondientes a modificación de terreno y aperturas



de huecos se realizaron en el año 2007, y que a vista de pájaro se observa que ya en el año 2008 la construcción tenía los niveles cuatro mas bajo cubierta.

Sin embargo, el anterior informe resulta muy genérico, no precisando el nivel en el que se encuentran los huecos que se dice se realizaron en el año 2007. Dato este que resulta relevante pues en el informe emitido con fecha 30 de marzo de 2017, y en el que se ampara la resolución de 10 de abril de 2017, se hace constar que en el nivel 0 y 1 se produjo la retirada de tierras y apertura de huecos al menos en el año 2008. Si bien continúa precisando que, con posterioridad, la fachada en el nivel 1 ha sufrido modificaciones posteriores, habiéndose creado nuevos huecos y realizado nuevas obras de reforma. Así se dice consta de las fotografías de los años 2008, 2011 y 2012 en las que se observa que aparece un porche abierto frontalmente con una pérgola adosada cubierta con cañizo o similar, y después de dichas fotografías ese porche aparece como un elemento cerrado con carpintería acristalada, habiendo desaparecido la pérgola.

Resulta de este modo patente que, hubo una alteración o modificación de ese nivel 1 que fue más allá de la reforma del inmueble, pues consistió en la creación de una nueva estancia, mediante el cerramiento del porche.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe estimarse concurre la continuidad a que se refiere el art. 84.2 RDU, por cuanto consta que desde el año 2008 se han realizado varias actuaciones en el inmueble, habiendo reconocido la propia demandante que en el año 2008 realizó movimientos de tierra, y apertura de huecos, y que en el año 2013, se estaban ejecutando también obras, sin licencia como la demandante reconoce también, lo que denota una cierta continuidad en el tiempo en la ejecución de obras que justifican la aplicación de dicho precepto.

Por ello, como se afirma en el informe del técnico municipal (F. 51 a 52 EA), así como el Acta levantada por la Policía Local (F. 33 EA) y el informe de 30 de marzo de 2017 del Servicio de Infracciones, debe estimarse que las obras ejecutadas exceden de lo que fue objeto de la licencia concedida por resolución de mayo de 2014 (F. 24 a 32 EA).

Por último, en cuanto a la valoración de las obras, no resulta si quiera necesario realizar pronunciamiento alguno pues, la resolución impugnada, nada dice sobre este particular.

Por ello, en base a todo lo expuesto, no habiendo quedado desvirtuados los informes técnicos y jurídicos que constan en el expediente, y sin que haya quedado por tanto tampoco desvirtuada la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo, por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto...."

QUINTO.- En la sentencia no existe el error alegado por la parte apelante sobre el cómputo del plazo de perención.

Aprecia la sentencia que consta del expediente administrativo que se intentó la notificación, por primera vez, el día 10/11/2015, y no puede haber duda de que se trataba de la notificación de la resolución que ponía fin al expediente pues, en el mismo acuse de recibo, se hace constar que finalmente se realizó la notificación el 19 de noviembre del mismo año, hecho este reconocido por la demandante, por lo que no puede dudarse, como lo hace la demandante, de que con esa notificación lo que se pretendía era la notificación del texto íntegro de la resolución, como finalmente se produjo el día 19

En efecto consta que la Resolución que pone fin al procedimiento es de 3/11/14 (expediente folios 102 a 106). El oficio de traslado de la misma, con su texto íntegro y pie de recurso, es del siguiente día 15/11/14 firmando por el Secretario General PD, con sello registro salida 5/11/15, N° DOC 2015/694425 SALIDA LIBRO: 2015/3886 (expediente folios 107 a 111)

El resguardo notificación UNI POST obra al folio 112 del expediente, en el mismo constan dos intentos de notificación fallidos 10/11/15 11,33 horas y 13/11/15 10,28. También la fecha devuelto reparto 16/11/15, y la indicación 7 días laborables en espera en mostrador. Entre las referencias impresas la reseña 2015/694425, que se corresponde con n° registro de salida del Ayuntamiento. También deja constancia de la entregada de la notificación 19/11/15. Siendo reconocida la notificación en el escrito interponiendo recurso de reposición con sello de entrada en el Ayuntamiento de 18/12/15 (expediente folio 113).

Por tanto no hay duda alguna que la notificación entregada el 19/11/15, es la misma intentada el 10/11/15, y es la contenía el oficio/traslado firmado por el Sr. Secretario PD, con el texto íntegro de la resolución y pie de recurso.

SEXTO.- Tampoco existe error alguno en la sentencia sobre la apreciación del carácter continuado de la infracción urbanística a efectos del cómputo de la prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Cuando las obras son realizadas en forma clandestina, sin licencia, a quien omite el deber de pedir y obtener la licencia corresponde probar la fecha exacta de la total terminación de la misma, siendo ésta



el hito determinante del inicio del cómputo del plazo de prescripción, como con reiteración tiene dicho la jurisprudencia, como la STS de 9 de julio de 2000, que ha fijado como dies a quo el de la total terminación de las obras al considerar que existe una unidad constructiva y no poder, por tanto, hablarse de partes independientes. Algunos problemas se plantean en torno a cuando debe entenderse terminada una obra. En este sentido, la jurisprudencia apunta a que nos encontramos con una cuestión de indudable trascendencia fáctica que deberá de ser objeto de prueba en cada supuesto concreto. La cédula de habitabilidad o el certificado final de obras, expedido por el facultativo competente podrán ser indicios de aquel momento. Cuando la licencia esté ausente, habrá que acudir a informes técnicos que pueden advenir que la construcción puede servir para el fin para el que se diseñó. En la Sentencia de 30 de octubre de 2000, se alude a la comprobación realizada en un informe de la Policía Municipal. La de 8 de junio de 1996, señala que es la carga de la prueba del recurrente. Además podemos encontrar un criterio interpretativo en la previsión del art. 6 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, sobre la entrega de la obra por el constructor al promotor. Y son múltiples las sentencias del TS, como las de 23 de enero 2003, de 17 de octubre de 2003, de 12 enero de 2004, 4 de enero 2004 sobre la carga de la prueba en estos casos, refiriendo que "de esta forma con el apoyo de una escritura en donde no se hace referencia para nada a la existencia de la vivienda y de un escritura pública de declaración de obra nueva, no se ha evidenciado "mínimamente la terminación de las obras de su razón a que anudar el primer día del plazo prescrito, digo con la más mínima elemental seguridad, y, finalmente su consecuencia, tampoco se ha logrado mostrar el límite con el íntegro transcurso del plazo cuatrienal establecido al efecto aplicable para el presente caso".

También este Tribunal, v. gr., la sentencia de la Sala de Sevilla, de 21 febrero 2013, rec. Recurso: 74/2013, FD 2º -en el mismo sentido la Sala de Granada en sentencia de 29 diciembre 2013, rec. : 94/2013 - "conviene recordar que en el caso de autos nos encontramos ante una obra ejecutada sin la preceptiva licencia municipal; de ahí que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, es a la parte demandante -no a la Administración- a la que corresponde probar fehacientemente la fecha en que finalizaron las obras, pues en caso contrario la data a tener en cuenta para el cómputo de la prescripción sería el día en que la Administración tomó conocimiento de su realización.

En este sentido, y como dirá la STS 25-2-92 EDJ1992/1752, "la carga de la prueba la soporta no la Administración municipal sino quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras (no se pidió licencia de obras) y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del "dies a quo" en el plazo que se examina, por ello el principio de la buena fe, plenamente operante en el campo procesal (art. 11.1 LOPJ EDL1985/8754) impide, como señalan las SS 14 mayo 1990 EDJ1990/5053, 16 mayo 1991 EDJ1991/5127 y 3 enero 1992 EDJ1992/30, que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja"

Por otra parte la STS 4/11/13 Recurso: 251/2011, FD 8º, explica lo que es una infracción continuada y una infracción permanente:

"... A la infracción continuada se refiere el artículo 4.6, párrafo 2º, del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RPEPS), que establece que "... será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

A diferencia de la infracción continuada que exige pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, y por ello constituye un concurso real de ilícitos, la infracción permanente no requiere un concurso de ilícitos, sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta.

En el ámbito del derecho penal la diferenciación entre las distintas clases de infracciones tiene trascendencia a los efectos de determinar la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción, como resulta del artículo 132.1 del Código Penal, que al lado de la regla general de que los plazos de prescripción se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción, establece reglas específicas para los casos de delito continuado y delito permanente, en que los plazos se computaran, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción o desde que cesó la conducta.

Estas reglas y criterios procedentes del Derecho Penal han tenido acogida en la jurisprudencia de esta Sala a la hora del cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones. En materia de protección de datos como la que nos ocupa, esta Sala ha distinguido, en sentencias de 7 de marzo de 2006 (recurso 1728/2002) y 20 de noviembre de 2007 (recurso 170/2003), entre infracciones continuadas, en los términos que las define el artículo 4.6 del RPEPS antes citado, y las infracciones permanentes, entendiendo como tales "aquellas conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un sólo acto, determinando el mantenimiento de la



situación antijurídica a voluntad del autor", y la sentencia de 23 de mayo de 2011 (recurso 912/2011), también contempla un supuesto que califica como infracción permanente, derivada en ese caso de mantener los datos inexactos en el fichero de morosos tras la cancelación de la deuda, con la consecuencia de considerar que el plazo prescriptivo no empieza a computarse mientras se mantiene la infracción...."

Esta doctrina es recogida en el art. 40 y 84.1, 1 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, RDU, entonces vigente, el primero relativo a la determinación de la finalización de las obras o establecimiento de la existencia de actos de mero uso del suelo y el segundo 84.1 el segundo, que dedicado a la prescripción dice:

" 1. El plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas comenzará a computarse desde el día en que la infracción se haya cometido o, en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento. A este último efecto, se entenderá posible la incoación del procedimiento sancionador desde el momento de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción, y nunca antes de la completa terminación de los actos "

Norma que añade en su nº 2 " *En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma.*

Constituye infracción urbanística continuada, la actividad consistente en la repetición de actos que sean constitutivos del mismo tipo de infracción administrativa cuando todos ellos tengan una unidad de objetivo dentro de un mismo ámbito territorial, definido registral o físicamente. A estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

- a) La existencia de una pluralidad de acciones u omisiones con cierta vinculación espacial y temporal que sean ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.*
- b) La homogeneidad del valor territorial y urbanístico a proteger, en su caso.*
- c) La identidad o semejanza del precepto objeto de contravención".*

Al caso de autos consta que a 16/02/07 es concedida licencia primera ocupación de vivienda familiar aislada con garaje con documento fin obra visado a 5/12/06 a don Clemente .

Desde un primer momento la pretensión real no era construir una vivienda familiar aislada sino un edificio con múltiples viviendas/apartamentos, como se desprende de la propia documentación presentada por la parte ahora recurrente con sus legaciones con sello entrada en el Ayuntamiento a 24/02/15, en que aporta presupuesto de JOVIMESA que se dice es de 9 julio 2007, donde se pormenorizan movimientos de tierra y las diversas construcciones para habilitar espacios vivenciales que se iban a realizar por planta, una vez obtenida la licencia de ocupación y no previstas en el proyecto.

Resultando que la Policía Local levanta acta inspección 30 julio 2014 que se entiende con el encargado de obra don Fidel , señalando que presenta licencia obra menor expte nº NUM001 a nombre del titular, y dejan constancia de lo observado: *s e está construyendo en el soportal de la estatura de hormigón (plantea baja) una nueva vivienda con cocina, cuarto de baño y tres habitaciones, así como otra habitación. No se ajusta a la misma. Se le indica que informe a la propiedad que no debe seguir con los trabajos.* Y constando en el expediente fotografías aportadas por la vecina Sra. Estefanía con sello de entrada en el Ayuntamiento 21/04/14 y a 5/11/14 donde se ve que lo construido no es una vivienda unifamiliar aislada, incluso en la puerta hay un portero electrónico con varios tiembres.

De ahí que a 13/11/14 informe del arquitecto municipal que *las plantas del sótano en la licencia se denominan nivel 0 y nivel 1 y corresponden con una cuota +93.74 m e inferiores. Según art. 12.2.28 PGOU para que tuviera la consideración de planta sótano y no de planta baja el terreno enterado parcialmente el nivel 1y totalmente el nivel 0 esta planta de manera que esta cota de terreno no distaba más de 1,5 m del forjado de planta baja, Se ha retirado la tierra y se han habilitado huecos en los niveles 1 y 0 de manera que al perder estos niveles la consideración de sótano computan para la altura máxima de la edificación pasando el edificio a contar de PB +3. La altura máxima según la ordenanza de aplicación UAS-4 es PB+1 por lo que se incumple la altura máxima de la edificación y por tanto dicha ampliación es no legalizable. Así como que Se han abierto dos ventanas en la planta denominada nivel 4 que corresponden bajo cubierta. A la vista del Plano nivel 4 visado a 5/12/2006 de la licencia de obras concedida, en ese nivel ese nivel sólo se concedió un casetón de 16,97 m2 útiles y una cubierta sin ocupar...Según la ordenanza UAS-4 es posible la ocupación de un ático vividero bajo cubierta inclinad, si bien el techa edificable contará a partir de 2 m de la altura libre. Teniendo en cuenta que la edificación excede del techo máximo asignado la ampliación es no legalizable. Valora obras en 214.848,40 euros Y propone incoación expediente de restablecimiento consistente en restitución terreno original y tapiado de ventanas y puertas niveles 0, 1 y 4, que es lo acordado finalmente por la Administración.*



En conclusión a efectos del RDU está acreditada la existencia de una infracción urbanística continuada, dilatada en el tiempo que comienza con unidad de propósito poco después de obtenida la licencia de ocupación de una vivienda unifamiliar aislada, construyendo en varios años un edificio de viveros múltiples, aún no concluido en julio de 2014; es decir realizándose una actividad consistente en la repetición de actos que son constitutivos del mismo tipo de infracción administrativa todos ellos con una unidad de objetivo dentro de la misma finca catastral, por lo que no existe prescripción al ordenar la resolución objeto de recurso el restablecimiento consistente en restitución terreno original y tapiado de ventanas y puertas niveles 0, 1 y 4, construido sobre la licencia de vivienda familiar aislada, planta baja más uno, en su día otorgada debería demolerse.

Sin que por otra parte quepa aplicar el principio de proporcionalidad que, además de alegarse en esta instancia, cuando no cabe plantear en apelación cuestiones *ex novo*, no sometidas a la consideración del juez *a quo* por lo que no han podido ser tratadas en sentencia, que se limita a disertar sobre lo alegado y probado, puesto que definitiva rige la interdicción de cabe apelación *per saltum*, como recuerda la STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264), se sustenta en la invocación de un jurisprudencia, con base a la doctrina decimonónica de Consejo de Estado francés sobre que las obras mal construidas no se destruyen, ya superada.

"en los casos de actuaciones que, como la presente, 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 por lo que no resulta de aplicación el principio de legalidad. [...]. La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición"

En la inaplicabilidad del principio de proporcionalidad ha insistido recientemente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 2006 al señalar que:

" *Esta Sala del Tribunal Supremo, en contra de la referida tesis, 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*".

En realidad, el principio de proporcionalidad sólo puede evitar la demolición como forma de restablecimiento del orden jurídico cuando la ilegalidad cometida es insignificante según tiene declarado la jurisprudencia (SSTS de 2 de junio de 2000 (RJ 7279), de 26 de septiembre de 2000 (RJ 7896), de 24 de mayo de 2001 (RJ 3788), de 27 de diciembre de 2001 (RJ 5795), de 22 de febrero de 2002 (RJ 2043) y de 28 de febrero de 2003 (RJ 2417). En estas hipótesis de ilegalidades absolutamente mínimas sí cabe la invocación del mencionado canon, que se suele recibir en este concreto ámbito el nombre de " *principio de menor demolición*". Fuera de estos casos excepcionales, conforme a los que debe interpretarse el art. 49.2 del RDU (actuaciones aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable) ha de regir la procedencia de la demolición como forma general de restablecimiento, pues de otro modo se resentiría irremediadamente todo el orden jurídico urbanístico, ya que: " *inducir, de modo general, que el restablecimiento del ordenamiento urbanístico no puede comportar la demolición supone consagrar la ineficacia de normas urbanísticas de reacción ante las transgresiones, normas cuyas previsiones constituyen un pilar indispensable de todo el sistema*" (STS de 19 de febrero de 2001, RJ 3258).

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso de apelación determina que proceda la imposición de costas (art. 139.2 Ley 29/98)

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre defensa de doña Benita contra la sentencia nº 125/2022, de 8 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de MÁLAGA, al PO 535/16.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días



contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados/a Ilmos/a. Sres/a. al encabezamiento reseñados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ