



Roj: **STSJ AND 9482/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:9482**

Id Cendoj: **41091330022023100646**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **18/07/2023**

Nº de Recurso: **505/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA ROSA LOPEZ VELASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SEVILLA

SENTENCIA

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

D. JOSÉ SANTOS GÓMEZ

D. LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ

D^a. MARTA ROSA LOPEZ VELASCO

En la ciudad de Sevilla, a dieciocho de julio de dos mil veintitrés.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el recurso de apelación número 505/2020 interpuesto por D^a Sagrario representada por el Sr. Procurador D. Jaime Cox Meana y asistida por el Sr. Letrado D. Juan Manuel Salas Sancho, contra la sentencia nº 203 de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Sevilla en el recurso contencioso administrativo nº 147/2018 seguido por los tramites del procedimiento ordinario, siendo parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de Alcolea del Río representado y defendido por el Sr. Letrado de los Servicios Jurídicos de la Excmo. Diputación de Sevilla y D. Jose María representado y por el Sr. Procurador D. Santiago Rodríguez Jiménez y asistido por el Sr. Letrado D. Juan Carlos Castiñeira Aldehuela; pronunciando, en nombre de S.M. el Rey, la siguiente sentencia. Ha sido Ponente la Iltrma. Sra. D^a. Marta Rosa López Velasco, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve se dictó por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Sevilla sentencia en el recurso contencioso administrativo 147/2018 seguido por los tramites del procedimiento ordinario, desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a Sagrario contra la resolución desestimatoria presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución nº 190/2017 de fecha 26 de octubre de 2017 del Ayuntamiento de Alcolea del Río que "declara que los actos de edificación en curso de ejecución en CALLE000 NUM000 resultan conformes con la ordenación urbanística municipal y amparados por las licencias concedidas al efecto".

SEGUNDO .- Contra dicha Sentencia se presentó, en tiempo y forma, recurso de apelación por la recurrente. La Administración demandada y el codemandado personado formalizaron oposición al recurso de apelación.

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



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. Procurador D. Jaime Cox Meana en nombre y representación de por D^a Sagrario interpuso recurso de apelación contra la sentencia nº 203 de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Sevilla en el recurso contencioso administrativo nº 147/2018 seguido por los tramites del procedimiento ordinario.

En el fallo de la sentencia se acuerda desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la tácita desestimación del recurso de reposición interpuesto contra la resolución nº 190/2017 de 26 de octubre (del Ayuntamiento de Alcolea del Río) Río que declara que los actos de edificación en curso de ejecución en CALLE000 NUM000 resultan conformes con la ordenación urbanística municipal y amparados por las licencias concedidas al efecto.

SEGUNDO.- La apelante en su recurso de apelación alega que frente a lo señalado en la sentencia la recurrente solicitó en fecha 30 de mayo de 2017 la anulación de la licencia de obra nueva lo que reiteró en escrito de 13 de julio de 2017 por lo que el Juzgado debió pronunciarse sobre la referida impugnación. De la prueba practicada quedaría probado que la "superficie" que se pretende construir, y en parte ya construida, es de 71,38 m2 siendo que la parcela urbanística disponía sólo de 69 m2 incumpléndose lo establecido en el art. 33 de las NNUU de Alcola del Río. Que esa incongruencia explica gran parte de las irregularidades denunciadas en lo que se refiere a la construcción de un patio y un hueco de escalera al fondo de la parcela que linda con la de su propiedad. Que se habrían aportado datos incorrectos por los técnicos del codemandado en cuanto a que la pared medianera tiene un espesor de unos 20 cm cuando sería de 11,50 o su afirmación de que se puede trazar un diámetro de tres metros que no correspondería con lo exigido en el art. 43 de las NNSS de que los patios de luces y ventilación deberán inscribir un círculo de un diámetro de tres metros. Que se ha invadido la propiedad colindante de la recurrente y que así lo reconocería la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Lora del Río aportada por la codemandada. Que como señaló su perito se habría disminuido, en plano, los espacios sobre el terreno, achicando las dimensiones reales del patio y escalera e invadiendo la propiedad colindante para lo que no sería necesario tomar medidas siendo suficiente aplicar la plantilla con las medidas sobre la parte de solar donde se ha proyectado para afirmar que tal planimetría no es posible.

Que asimismo se incumplirían las previsiones del art. 41.4 de las NNSS en cuanto a la altura de la edificación por cuanto la construcción sobresale sobre todos los colindantes de sólo dos plantas, la estructura de "este hueco" se levanta por encima del patio de la recurrente y a lo largo del mismo privándole de ventilación y luminosidad por sus pequeñas dimensiones, que la anchura del patio no supera los 1,78 m, que la construcción se introduce dentro de la vivienda de la recurrente debido a su forma de L. Que en lo referente a las dimensiones del castillete de la planta ático y su impacto sobre el conjunto urbano debe interpretarse como contrario a las normas de urbanismo de Alcolea del Río el hecho admitido en la sentencia de instancia de existencia de otro castillete más grande y que cumple con la normativa. Se invocan las previsiones del art. 40.3 de las NNSS que establecen que su superficie no puede exceder el 20% de la superficie total de la planta de cubierta. Se alega que en el caso de autos se ha ampliado el castillete construyendo un porche y un entramado de columna en el lateral izquierdo y que se sobrepasaría ese máximo, produciendo un impacto visual de que lo construido es una tercera planta.

TERCERO.- La Administración demandada se opuso al recurso alegando, en síntesis, que el acto administrativo impugnado sería la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Alcaldía nº 190/2017 de 27 de octubre que desestimaba la adopción de medidas de restauración urbanística, resolución que pone fin al procedimiento de protección de legalidad urbanística y no de concesión de licencia urbanística. Lo que apreció correctamente la sentencia de instancia. En el informe de la oficina técnica municipal de 24 de abril de 2017 se concluyó la ausencia de causa para la incoación de expediente de disciplina urbanística por ejecutarse la obra a las condiciones establecidas por la licencia y se valoraba la insuficiencia del informe aportado por la apelante en estos autos. El recurso de apelación propiamente comporta una reiteración de los argumentos de la instancia sin censura concreta de la sentencia. No procedería la apertura de periodo de prueba al no expresar que prueba de las propuestas resulte esencial para la resolución del litigio y no se hubiera practicado.

CUARTO.- La codemandada alegó que la prueba practicada por la recurrente no habría acreditado las infracciones invocadas. El perito de la parte recurrente y ahora apelante reconoció no haber accedido a su vivienda, sus afirmaciones se fundarían en meras suposiciones. La sentencia recoge el resultado de la prueba practicada de la que resulta la inexistencia de tales infracciones. El apelante se limitaría a reproducir los argumentos deducidos en la instancia. Se alega de contrario que la sentencia no referiría al incumplimiento



del art. 33 de las NNSS pero esta cuestión no habrá sido invocada anteriormente, siendo introducido de forma novedosa por lo que procedería pronunciamiento al respecto. No procede cuestionar infracciones civiles que han sido resueltas en otra jurisdicción y que no constituyen infracciones urbanísticas per se.

QUINTO.- La apelante interesó por otrosí a su recurso de apelación la práctica de prueba en la instancia; En cuanto a la documental segunda y la pericial no se invoca ni justifica se encuentren en ninguno de los supuesto regulados en el art. 85.3 de la LJCA. En cuanto a la documental primera ha de atenderse que se reconoce la misma fue inadmitida por el Juzgado y examinados los autos consta que contra el Auto de fecha 28 de marzo de 2019, folios 275 y ss, se interpuso recurso de reposición en el que expresamente se fundamentó la denegación en la extemporaneidad de su proposición (folio 290) sin que por la apelante se controvierta las apreciaciones pues dado el alcance de la documental a lo sumo, no habiéndose presentado ni anunciado con la demanda, debió serlo en el plazo de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda por lo que no se aprecia que la denegación de la admisión fuera contraria a derecho. Por otra parte tampoco resulta justificada la necesidad de la referida prueba a los efectos de la resolución del presente recurso de apelación pues se señala que su finalidad era acreditar construcción de ventanas y puertas al pequeño patio colindante con el de CALLE000 NUM000 pero esta cuestión no integra hecho controvertido alguno, con relación a la ratio decidendi de la sentencia, por lo que no se justifica la denegación de la prueba resultase contraria a derecho presupuesto de su admisión en la segunda instancia.

SEXTO.- En lo que se refiere a la determinación del objeto del recurso contencioso administrativo debe atenderse que el recurso se refería interpuesto contra resolución presunta desestimatoria del recurso de reposición mediante el que se refería se impugnaba por la recurrente "la licencia de obras tramitadas con el número de expediente NUM001 aprobado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Alcolea del Río con fecha 29/05/2017 y el expediente NUM001 reformado aprobado por la misma Junta con fecha 29/05/2017" (folio 5). Según resultaba de la documentación aportada el referido recurso de reposición se interpone contra resolución de la Alcaldía de fecha 26 de octubre de 2017 por la que se resuelve lo que se califica como procedimiento de protección de la legalidad urbanística instado por la recurrente declarando que los actos de edificación en curso de ejecución resultan conformes con la ordenación urbanística municipal y amparadas por las licencias concedidas al efecto, declarando la inexistencia de vulneración urbanística y la improcedencia de adopción de medidas de protección tendentes a restaurar el orden jurídico, que, se señala, no ha resultado perturbado.

Pues bien según resulta del expediente la licencia se concede en fecha 22 de marzo de 2017 (folio 1 del expediente) y en fecha 17 de abril de 2017 se presenta escrito por la recurrente en el que se indica que por la Administración se ha autorizado la construcción de una edificación con tres alturas e interesa se inspeccionen las obras y se adecuen las mismas a lo establecido en la normativa urbanística que cita con derribo de la estructura de la tercera planta. Por la Administración se procede a una actividad inspectora apreciando la existencia de una viga de carga en la cubierta de castillete que no se encontraba en el reformado I presentado a requerimiento de la Administración requiriendo de subsanación de la planimetría acorde a lo ejecutado estructuralmente. Por la Administración se remite a la interesada y denunciante respuesta en la que se señala la no concurrencia de infracción del art. 47 de las NNSS en cuanto a las alturas en ejecución ni del art. 41 en cuanto a la no concurrencia de distorsión del entorno urbano. Se señala la referida discordancia apreciada pero que la "tercera planta" continuaría cumpliendo los parámetros requeridos en materia urbanística. Esta comunicación no recoge ningún pie de recurso. El 15 de mayo de 2017 se presenta escrito calificado como de denuncia en el que se da por reproducido el anterior escrito en el que se refiere haber examinado los planos de la licencia e intentado llegar a una solución amistosa. Es en este escrito en que se refieren las posibles afecciones de lo ejecutado a su propiedad e interesa se incoe procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Por lo tanto y en los términos señalado por la resolución la parte partió de conocer la licencia y no de impugnarla directamente sino de plantear a la Administración la procedencia de incoación de un expediente de restablecimiento de legalidad urbanística lo que se lleva a efecto y concluye en la resolución impugnada.

Ahora bien, la referida resolución, conforme resulta de sus propios términos y acorde a ese propio desarrollo comportaba de una parte la debida apreciación de la conformidad de lo ejecutado a la licencia concedida más también la declaración de la inexistencia de vulneración urbanística y la improcedencia de adopción de medidas de protección tendentes a restaurar el orden jurídico que se señalaba, expresamente, no ha resultado perturbado. Y es que la petición de la recurrente, en cuanto interesada, comportaba, dado que no había prescrito la acción a tal efecto, el planteamiento de la conformidad a la legalidad urbanística que corresponde no sólo con la impugnación de la licencia sino con en su caso la revisión de oficio (a través de los mecanismo procedentes según se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho o de mera anulabilidad).



Por lo tanto es preciso examinar la conformidad a derecho de esos dos pronunciamientos. En cuanto no sólo se declara que lo ejecutado es conforme a licencia sino la inexistencia de vulneración urbanística.

Ahora bien, como debidamente se señaló en la resolución, y aprecia la sentencia, la licencia se otorga sin perjuicio de tercero, conforme dispone el art. 5 del RDU y parte de las cuestiones planteadas por la recurrente y apelante no corresponden a infracción urbanística sino afectación de sus derechos de propiedad o derechos de servidumbre que se refieren ganados por prescripción, esas posibles infracciones corresponden al orden civil y no se ha justificado integrasen con relación a las NNUU infracción a efectos de la adopción de medidas de restablecimientos de la legalidad ni por ser contrarias a la licencia ni aún por vulneración por esta de la normativa urbanística aplicable.

SEPTIMO.- En cuanto a la invocación en el recurso de apelación de la infracción del art. 33 de las NNUU en relación con la superficie construida debe apreciarse que no es una cuestión invocada en la demanda (ni tampoco lo fue en vía administrativa) atendido el tenor del fundamento de derecho quinto por lo que se trata de una cuestión nueva que en todo caso se contiene referida como tal en conclusiones, lo que impedía fuese tomado en consideración en la instancia y asimismo lo sea en esta segunda instancia.

Pues bien en relación con las previsiones sobre la superficie del patio el propio informe de la parte reconocía que "la inscripción de un círculo de diámetro no inferior a 3m es posible en planta baja" - en este sentido ciertamente el plano obrante al folio 251 en el que se consignan las medidas de los lados del cuadrilátero irregular en que se inscribe el círculo y el que se aprecie en el dibujo de dicho círculo una leve superación del límite marcado por los vanos situados en la parte inferior y derecha, unido a la ausencia de reflejo número de la medida exacta del diámetro podría haber despertado alguna duda pero, insistimos, el propio informe técnico de parte lo admite y no se ha controvertido - si bien señalaba que no lo era en la planta primera donde lo impedirían cuerpos volados de la edificación. En informe complementario se incidía sobre que el cerramiento previsto en el proyecto era de apenas 14 cm, grosor que con soluciones técnicas convencionales para cumplir las exigencias básicas del Código Técnico de la Edificación "en cuanto a ahorro energético, protección frente a la humedad y protección frente al ruido". Sin embargo es evidente que no se excluye como posibilidad constructiva a efectos estructurales y de servicio a su función edificatoria. Por otra parte el testimonio del técnico del Ayuntamiento puso de manifiesto, en los términos del informe, de comprobación mediante medición del radio de la circunferencia inscrita (desde el centro del patio), como los problemas afectaban no a la planta baja sino a la planta primera y que correspondía a los voladizos, suprimidos.

En lo afectante a los volados, es un extremo que fue considerado por la propia Administración dando lugar al reformado por lo que efectivamente existió una actuación administrativa encaminada a restablecer la legalidad en este punto sin que se haya desarrollado una actividad probatoria en la instancia, momento procesal oportuno, de la que resulte acreditado otro extremo en cuanto a la corrección de lo reformado. Así constaba en la memoria obrante al folio 258 la eliminación "de un vuelo de 0,45 m de la terraza de planta primera sobre el patio del fondo" acorde al informe municipal del que resulta la debida constatación del cumplimiento de las exigencias de las NNUU, (art.43) que se apreciaba por ello incumplido, sin que por el destino de las dependencias pudiera admitirse reducción y señalando con relación al reformado 2 presentado que se propone la eliminación del voladizo y se comprueba que el hueco de patio modificado en el nivel de forjado permite la inscripción de un círculo de 3,00 de diámetro mínimo "cumpliendo lo establecido en el artículo 43 de la Ordenanza de las NNSS", constando acreditada la licencia concedida a tal fin.

En cuanto a la construcción en cubierta la sentencia de instancia valora debidamente como su inclusión corresponde a las previsiones de la propia normativa, por sus dimensiones y uso. Ciertamente la foto aportada en el informe de la recurrente evidenciaba en los edificios adyacentes la ausencia de castilletes similares pero no se ha controvertido la existencia de otros en la zona como se informa por la Administración. En todo caso la cuestión relevante hubiera sido el posible uso de esos elementos estructurales a la vista (no computado a efectos de edificación) de futuro pero ello en todo caso integraría una infracción urbanística de ejecutarse. Lo cierto es que no se ha controvertido su presencia sea meramente por razones estructurales. En cuanto al cumplimiento de las previsiones de las NNUU (art. 40.3) no resulta justificada su infracción en cuanto a retranqueo (3 m), superficie (no excederá del 20% de la superficie total del planta cubierta) y finalidad (espacios destinados a servicios generales e instalaciones de edificaciones) que integra la excepción prevista. Y en cuanto a las previsiones como excepción, aún cumpliéndose esas limitaciones, del art. 41.4 para el caso de que la altura "perjudique el carácter general del conjunto urbano" ha de apreciarse que este carácter general no es asimilable a perjuicio estético o similar del colindante sino una salvaguarda del bien general, en cuanto ordenación, afectante a la realidad del conjunto urbano considerado en su globalidad, cuya apreciación exigiría una prueba relevante en el contexto urbano. Es decir, no es suficiente la mera apreciación de la singularidad con las fincas vecinas/colindantes sino que en porcentaje general o de la unidad de ejecución correspondiente o en un contexto relevante por razones específicas - paisajísticas, patrimoniales, históricas, de alineación, de



diseño urbano u otra similares - lo evidencie. En el caso de autos esa prueba no se ha practicado en términos suficientes para apreciar la infracción invocada.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso.

OCTAVO.- No obstante la desestimación del recurso no se estima, al amparo de lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA la imposición de las costas a ninguna de las partes atendidas las serias dudas de hecho que presentaba el supuesto.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Procurador D. Jaime Cox Meana en nombre y representación de D^a Sagrario contra la sentencia nº 203 de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Sevilla en el recurso contencioso administrativo nº 147/2018 . Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma solo podrá interponerse, en su caso, recurso de casación que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a su notificación y con los requisitos establecidos en el art. 89 de la LJCA.

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