



Roj: **STSJ AND 11658/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:11658**

Id Cendoj: **29067330022024100702**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **01/07/2024**

Nº de Recurso: **380/2024**

Nº de Resolución: **1946/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

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.:2906745320210000928.

Procedimiento: Recurso de Apelación 380/2024.

De: Néstor

Procurador/a:MIGUEL FORTUNY DE LOS RIOS

Letrado/a:MARIA TERESA TOMAS GIRON

Contra: GERENCIA DE URBANISMO DE MALAGA

Letrado/a: S.J. GERENCIA MUNIC. URBANISMO MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 1946/2024

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADO/A:

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 1 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 380/2024, interpuesto por la el Procurador Sr. Fortuny de los Ríos, en nombre de don Néstor , asistido por la Letrada Sra. Tomás Girón, frente a la sentencia nº 4/2024, de 12 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de MÁLAGA, al PO 135/21, compareciendo como parte apelada la GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS del Ayuntamiento de Málaga, representada y defendida por Letrado de sus Servicios Jurídica.

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 DOS de Málaga dictó sentencia en el encabezamiento reseñada desestima el recurso interpuesto por el ahora apelante.



SEGUNDO.-Contra el referido auto es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito de 05/02/24, y con base a los motivos que expone, pide sentencia en cuya virtud se estime el recurso planteado, revocando la Sentencia dictada en primera Instancia, declarando nula de pleno Derecho la Resolución de 28 de enero de 2021.

TERCERO.-La parte recurrida presenta escrito el 13/03/24 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir Resolución en la que se desestime íntegramente el recurso de apelación y se confirme la sentencia objeto de impugnación, conforme se ha expuesto en este escrito, con condena en costas a la recurrente.

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 vista, conclusiones ni prueba, se señaló para votación y fallo, acto que tuvo lugar el pasado día diecinueve de junio .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de Málaga dictó la sentencia nº 4/2024, de 12 de enero, al PO 135/21, que falla:

" QUE DESESTIMANDO el presente recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D. Néstor representado por el Procurador D. Miguel Fortuny De los Ríos contra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA procede declarar la conformidad a derecho de la resolución impugnada, todo ello con expresa condena a la parte recurrente con un límite máximo de 2.000 Euros".

SEGUNDO.-La parte apelante alega, en extracto:

- Para centrar el objeto del Recurso, necesariamente hemos de partir del motivo que lleva esta parte a formular la Demanda que, se insta contra la Resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga, Gerencia Municipal de Urbanismo, el 28 de enero de 2.021, en el Expediente NUM000 Restablecimiento PR-A1, mediante la que se desestima el Recurso de Reposición que esta representación había formulado contra la Resolución de 3 de abril de 2.017, a través de la que se daba traslado a mi mandante de una Orden de Reposición de la Realidad Física Alterada.

La cuestión principal se concreta en el hecho de que el Ayuntamiento de Málaga, Gerencia de Urbanismo, mantiene que mi representado ha incumplido la Orden de Reposición de la Realidad Física Alterada, en tanto que no ha procedido voluntariamente a demoler las dos edificaciones que supuestamente habría ejecutado en su propiedad en DIRECCION000 , que abrían consistido:

1".- Ampliación de una vivienda en 45 m2 y,

2".- Ejecución de otra vivienda, unifamiliar de unos 110 m2 aproximadamente.

Consta acreditado en Autos, como esa supuesta e ilegal construcción de las dos edificaciones ha sido perseguida y sancionada por vía Penal, habiendo sido ya enjuiciado por un Delito contra la Ordenación del Territorio ante el Juzgado de lo Penal nº 9 de Málaga, bajo los Autos de Juicio Oral nº 283/2.018, en los que se dictó Sentencia el 30 de marzo de 2.021, y, por vía administrativa, mediante el Expediente NUM000 Restablecimiento PR-A1.

Con la prueba practicada, quedo acreditado que mi representado NO ha ejecutado las dos edificaciones que el Ayuntamiento mantiene en el Expediente NUM000 de Restablecimiento de la legalidad y, cuya demolición exige, sino que solo lleva cabo una construcción, edificación a cuya demolición ha sido condenado por la Sentencia dictada el Juzgado de lo Penal nº 9, extremo plasmado en su Fundamento de Derecho Segundo, respecto a esas dos edificaciones cuya demolición ordena el Ayuntamiento que:

"Si bien en este ámbito, ese reproche penal sí que debe quedar circunscrito no a la generalidad de las edificaciones que señala el Ministerio Fiscal, sino solamente a esa ampliación de 45 m2 cuadrados aproximadamente reconocida por el propio acusado y que se hace en torno a una vivienda unifamiliar de unos 63 m2 que ya preexistía y que, en ningún caso, quedar a amparada por la licencia de obra menor para reformas varias que le fue concedida".

"No obstante lo anterior, no puede considerarse sin embargo que en relación con esa nave o almacén de unos 90 m2 que se considera asimismo como preexistente según escritura de compraventa se haya procedido por el acusado a su derribo y construcción de una nueva edificación de 110 m2...".

A mayor abundamiento, el Fundamento de Derecho Sexto dispone que: "En resumidas cuentas, en el presente caso, donde la ampliación de la vivienda unifamiliar preexistente de 63 m2 en 45 m2 aproximadamente, se



hizo sobrepasando los términos de la licencia de obra menor, con las características que presenta, en terreno no urbanizable, no siendo legalizable ni susceptible de legalización en el momento del dictado de la presente, esto es, que sea subsanable, o si se quiere, reconducible en el futuro a la vista de la superficie del terreno, resultando procedente que se proceda, en atención a lo que se ha expresado anteriormente, a la demolición de lo ilícitamente construido. Lo que quedará diferido para trámite de ejecución de sentencia en lo que ya no se hubiera ejecutado".

En definitiva, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 declara como hecho probado que mi patrocinado solo ejecutó en la vivienda unifamiliar de 63 m2 previamente existente, una ampliación de 45 m2 aproximadamente y, declara que no procede la demolición de la antigua construcción, almacén o similar ya existente con una superficie de 90 m2., porque no se procede a la edificación de otra en su lugar como nueva vivienda unifamiliar de superficie aproximada de 110 m2, sino que se trata de una cuadra de caballos que únicamente fue objeto de mejoras sobre la misma mejoras que no conllevaron actos constructivos o de modificación de estructuras.

A pesar de lo anterior, ignorando el Fallo de dicha Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9, el Ayuntamiento de Málaga, Gerencia de urbanismo, a través del Procedimiento de Restablecimiento de la legalidad, mantiene e insiste que, mi representado tiene que demoler las dos construcciones y, es más, le impone y le cobra una multa coercitiva por importe de 6.000 euros, por no hacerlo.

El pago de los 6.000 euros se le impone por no demoler las dos construcciones, sin embargo, una de ellas ha sido exonerada de ser demolida por la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9, siendo que esa multa coercitiva debía imponerse en cuantía inferior y, solo por la no demolición de una de las construcciones, en definitiva, su importe debe reducirse y, no lo han hecho.

La Doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, considera y ha declarado en reiteradas Sentencias que es preferente la actuación de la jurisdicción penal sobre la actuación sancionadora de la Administración y, en consecuencia, la misma estará subordinada a las resoluciones de los Tribunales de Justicia, subordinación que el Ayuntamiento de Málaga, Gerencia Municipal de Urbanismo no ha aceptado.

La Sentencia que hoy recurrimos, valida la actuación injusta y abusiva de la Administración, se ha dictado pasando por alto la Doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y, en idénticas condiciones que la Gerencia de Urbanismo, haciendo caso omiso al Fallo de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9, dejando en la más absoluta de las indefensiones a mi representado, vulnerándose en art. 24 de la Constitución.

Se aprecia una incongruencia omisiva en la sentencia recurrida, desde el momento que no atiende a las cuestiones planteadas por esta representación, el Fundamento de Derecho Tercero, se limita a centrar el objeto de nuestra Demanda en la invocación del principio "non bis in ídem" para desvirtuarlo, olvidando el Fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal y, sin entrar a analizar que el fallo de dicha Sentencia es de obligado cumplimiento tanto para mi representado, como para la Administración.

- La Constitución Española, en su art culo 25 establece que "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

El art culo 77.4 LPAC (antes el art culo 137.2 de la LRJPAC), establece que: "En los procedimientos de carácter sancionador (por analogía también entendemos que alcanzan a los de protección de la legalidad), los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancie".

Esta regla solo funciona respecto de los hechos expresa y efectivamente declarados probados por la sentencia penal, tales como el que nos ocupa, es el caso de la declaración de hechos probados contenida en la ya citada Sentencia de fecha 30 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 que afirma sin ambages que mi patrocinado indubitadamente solo efectuó una ampliación de la vivienda unifamiliar de 45 m2, previamente existente en 63 m2 aproximadamente, pero que NO procedió a la demolición de la antigua construcción, almacén o similar ya existente con una superficie de 90 m2 y a la edificación de otra, en su lugar como nueva vivienda unifamiliar de superficie aproximada de 110 m2, tal y como mantiene la Gerencia Municipal de Urbanismo. Es por lo que la Resolución objeto de la presente Demanda, deviene Nula de Pleno Derecho, nulidad invocada por esta representación en su Demanda y sobre la que la Sentencia tampoco se pronuncia.

Tanto el Juzgado de lo Penal nº 9, como la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, han considerado que no se ha producido infracción penal, ni administrativa respecto a la supuesta construcción de la Nave Almacén de 90 m2, siendo este el motivo por el que mi representado no ha procedido por a su demolición y, debió quedar, por ende, esta construcción fuera de la imposición de la multa coercitiva.



La Gerencia de Urbanismo, a quien también se le notificó la Sentencia de 30 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9, con pleno conocimiento de la misma, continua con la tramitación del Expediente Administrativo contra mi mandante y, ante el supuesto incumplimiento de la Orden de Restablecimiento de la Legalidad que es objeto del presente Recurso, dicta una nueva Resolución con fecha 15 de junio de 2021, en virtud de la que impuso a mi patrocinado la 1.ª multa coercitiva por dicho incumplimiento por importe de 6.000 euros, importe cobrado por la Administración injustamente porque es imputable a la no demolición de las dos edificaciones, cuando solo tiene obligación de demoler una ellas.

Debieron reducir dicha cantidad, imponiéndosele, en todo caso, la multa solo respecto a la construcción a cuya demolición viene obligado (Resolución obrante en Autos como Documento nº 2), extremo omitido por la Gerencia de Urbanismo.

Nuevamente la Sentencia objeto de Recurso provoca indefensión a mi patrocinado, generando además una patente inseguridad jurídica, toda vez que contra lo establecido en el art. 25 de nuestra Norma Suprema y el artículo 77.4 LPAC, valida la actuación de la Administración, permitiendo que mi patrocinado haya de demoler una edificación que, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 9 declara que NO tiene que ser demolida y haya tenido que pagar una multa coercitiva por no derruir una edificación, a la que no viene obligado a demoler, por declararlo as una Sentencia Judicial.

- El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia recurrida, desestima el principio "non bis in ídem" invocado por esta representación.

Expone la Sentencia (....)

La desestimación del principio "non bis in ídem" se basa, en primer lugar, en el hecho de que no se trata de un procedimiento sancionador, el iniciado por la Administración, sino que se trata de un procedimiento de Restablecimiento de Legalidad Urbanística, sin embargo, se olvida que no solo se ha tramitado contra mi patrocinado, un procedimiento de restablecimiento de la Legalidad, sino que, además, también se le incoó otro Procedimiento Sancionador. Y, en segundo lugar, mantiene que la Sentencia penal se remite a la vía administrativa para la supervisión de la actuación denunciada por si la misma sobrepasa los límites de la licencia concedida, extremo que no es acorde con la realidad, en tanto que la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, condena a mi representado y, lo hace de manera expresa a demoler SOLO UNA de las construcciones.

Las Resoluciones que dicta el Ayuntamiento versan sobre ambas construcciones y se pretende que ambas sean demolidas, pretensiones que van contra lo declarado en las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal nº 9 y la Ilma. Audiencia Provincial, motivo por el que devienen, al amparo del art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Nulas de Pleno Derecho, en tanto que dictada la Sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 9, las Resoluciones Administrativas carecen de eficacia alguna porque la sentencia penal condenatoria excluye la posibilidad de continuar cualquier procedimiento administrativo sancionador sobre el que ya se ha resuelto judicialmente y, en cualquier caso, tampoco cabría imponer una multa coercitiva por no demoler una construcción que un Juzgado de lo Penal declara mediante Sentencia que no es ilegal, ni debe ser demolida. Extremo invocado por esta representación y que nuevamente, en la Sentencia recurrida se omite entrar a analizar.

- La Juzgadora, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia se limita, cuando entra a resolver sobre el fondo del asunto, a examinar el expediente administrativo facilitado por la Administración, omitiendo efectuar el mínimo examen de la prueba aportada y/o practicada por esta representación y, sin entrar a valorar la obligatoriedad de cumplimiento de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9. Dispone su Fundamento Cuarto que: (...)

Nuevamente se aprecia una incongruencia omisiva en la Sentencia recurrida al no entrar a valorar las pretensiones, hechos y fundamentos de derecho alegados e invocados por esta representación, incongruencia a la que hemos de añadir el incumplimiento de la exigencia constitucional de motivación de las sentencias, recogida en el artículo 120.3, en relación con el 24.1, de nuestra Norma Fundamental que, tiene como designio demostrar el sometimiento del juez o del tribunal sentenciador al imperio de la ley, operando como instrumento de convicción de las partes sobre la justicia y la corrección de la decisión judicial y facilitando su control por los tribunales superiores; se trata, en suma, de una garantía y de un elemento preventivo frente a la arbitrariedad, extremo que se incumple absolutamente por la Sentencia que recurrimos, en tanto que la única motivación que aparece, está en el Fundamento de Derecho Tercero y lo es, para desvirtuar la aplicación del "non bis in ídem", sin entrar a examinar, valorar, ni motivar la desestimación del resto de pretensiones planteadas por esta parte, poniendo de manifiesto un error en la apreciación de los hechos y, en la valoración de la prueba.



Es por cuanto antecede que, procede la Declaración de Nulidad de Pleno Derecho de la Resolución de fecha 28 de enero de 2.021, objeto del presente Recurso, toda vez que la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9, no solo resulta de obligado cumplimiento para mi representado, sino también para la Administración, quien ha de respetarla y acatarla porque la concurrencia de ilícitos penales y administrativos, implica una supeditación de la actuación administrativa respecto de la judicial, lo que viene a excluir la posibilidad de ejercitar la potestad sancionadora administrativa y, por ende la orden de Demolición de una Construcción y, la imposición de la Multa Coercitiva a mi mandante por no haber procedido a demoler una construcción a cuya demolición no ha sido condenado por la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal. La Resolución de 28 de enero de 2021 es claramente contraria a Derecho y debe ser declarada nula de pleno Derecho.

TERCERO.-La parte recurrida opone:

- Desnaturalización del recurso de apelación.

Se apela la Sentencia no 4/2024, del JCA nº 2 de Málaga que, desestimando el recurso contencioso interpuesto, confirma la Resolución Municipal de fecha 28 de enero de 2021, que desestimaba el Recurso de Reposición formulado contra la Resolución de 3 de abril de 2017 que ordenaba la reposición de la realidad física alterada mediante la completa demolición de lo indebidamente edificado en DIRECCION000, consistente en ampliación de vivienda en 45 m2, y ejecución de otra vivienda unifamiliar de 110 m2.

Nada aporta el escrito de apelación a lo ya resuelto por la sentencia que se combate, pues la apelación es la repetición de los argumentos alegados en la instancia.

A la improcedencia de esta práctica procesal se ha referido la Sala a la que nos dirigimos, entre otras, en Sentencia núm. 1313/2010 de 29 marzo, JUR 2012\74272, advirtiendo que con la misma se desoye la doctrina jurisprudencial (entre otras, STS 4 de noviembre de 1996) que señala que: "El escrito de alegaciones del apelante ha de consistir en una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos. El hecho de que la parte apelante no estime ajustada a derecho la decisión sobre la cuestión planteada contenida en la sentencia impugnada no autoriza a hacer caso omiso de ésta y a obligar al Juez de apelación a un "novum iudicium", convirtiendo la apelación en una reiteración de la primera instancia".

Por tanto, el recurso de apelación presentado supone una clara desnaturalización de la esencia de la apelación, ya que aquel consiste en la reiteración de los argumentos de la primera instancia, sin que pueda extraerse del mismo ningún otro razonamiento que pudiera desvirtuar las acertadas consideraciones de la Jueza de instancia con las que resuelve el caso sometido a su enjuiciamiento, lo que ha de merecer su rechazo por ese Tribunal.

- Congruencia y motivación de la sentencia apelada.

La sentencia apelada, da cumplida contestación a las alegaciones planteada por la actora y justifica la legalidad del acto recurrido. Destacamos de modo esquemático de la misma que:

En su fundamento de derecho tercero, se indica, respecto a la aplicación del principio "no bis in idem", que éste "...supone que las autoridades de un mismo orden a través de procedimientos distintos, no puede sancionar repetidamente una misma conducta ilícita, por entrañar esa duplicidad de sanciones una inadmisibles reiteración en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado (Sentencias 1/1981 de 30 de Enero, 159/1985 de 27 de Noviembre, 23/1986 de 14 de Febrero, 94/1986 de 8 de Julio, 107 de 1989 de 8 de Junio, entre otras). Este principio implica, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada y la que emana del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 22 de Mayo de 1986, 7 y 14 de Julio de 1987 y 5 de Septiembre de 1995), la prohibición de imponer una pluralidad de sanciones principales siempre y cuando exista identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto, causa y acción punitiva, y en el supuesto enjuiciado hay que decir que no concurren las citadas circunstancias ya que no nos encontramos ante el ejercicio de la acción punitiva por parte de la Administración toda vez que la resolución objeto de los presentes autos no ha sido dictada en el seno de un procedimiento sancionador sino que nos encontramos ante un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística en el que la Administración ejerce la potestad de asegurar el cumplimiento de la legislación y ordenación urbanística mediante el restablecimiento del orden jurídico perturbado y que es absolutamente independiente de la sancionadora y además la Jurisprudencia ha entendido reiteradamente que no opera el principio "non bis in idem" cuando se trata de un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, por lo que la alegación que la demandante hace en relación con el principio del "non bis in idem" debe ser rechazada sin más debiendo añadirse además que no resulta de aplicación el artículo 77.4 de la Ley 39/15 que se refiere clara y únicamente a los procedimientos de carácter sancionador sin que pueda aplicarse por analogía a los procedimientos de restablecimiento de la legalidad tal y como pretende el recurrente ya que no podemos olvidar que la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en



ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, lo que obviamente no concurre en el presente supuesto ya que se trata de dos procedimientos con naturaleza jurídica radicalmente diferente teniendo en cuenta que en cualquier caso la sentencia penal se remite a la vía administrativa para la supervisión de la actuación denunciada por si la misma sobrepasa los límites de la licencia concedida."

Queda, por lo tanto, resuelta la cuestión planteada en su momento y reiterada en el presente recurso, sobre la aplicación del principio "non bis in idem" y la aplicación del artículo 77.4 de la Ley 39/15.

Respecto a la incongruencia omisiva en la Sentencia, también planteada en el recurso, el fundamento de derecho cuarto, en cuanto al fondo del asunto motiva de manera concisa, pero con claridad de exposición y contundencia de argumentos, la desestimación del recurso declarando la conformidad de la resolución impugnada

Por tanto, la sentencia contiene un acertado razonamiento que motiva la decisión judicial por la que se confirma la legalidad del acto recurrido. En cualquier caso, en el recurso de apelación presentado no se oponen motivos suficientes que pudieran justificar un cambio en lo decidido en la primera instancia.

- Rechazo de las alegaciones de la actora.

Subsidiariamente a lo anterior, y habida cuenta de la repetición, por la actora, de los argumentos ya expuestos en la primera instancia, nos reiteramos en nuestros escritos de demanda y conclusiones presentados en la misma, de los que destacamos:

Por un lado, la sentencia penal alegada no considera probado que no exista ilícito urbanístico, no existe una declaración expresa de que no se haya derribado la nave almacén preexistente y posterior construcción de la nueva edificación de 110 m2. Lo único que reconoce es que no puede asegurarse. Concretamente dice que "...no permite llegar a tal juico sin riesgo a incurrir en un error" en el proceso penal en que se enjuicia. Tampoco la sentencia confirma la inexistencia de infracción administrativa (como dice la actora) sino, al contrario, reconoce la existencia de obras por la propia declaración del denunciado, que éste denomina de reforma, pero se remite a la vía administrativa para la supervisión de la actuación denunciada por si la misma sobrepasa los límites de la licencia concedida.

Por otro, en el expediente administrativo se prueba la ejecución de la construcción de vivienda con obra nueva. De los informes técnicos que constan en el expediente administrativo se desprende que las obras que se ordenan demoler son obras para un uso de vivienda y no meras obras de reforma y que dichas obras ejecutadas no se amparan en licencia pues suponen un incumplimiento de las condiciones de uso y edificación que fija el artículo 14.4.9 del vigente PGOU, por lo que deben considerarse como no legalizables.

CUARTO.-La sentencia impugnada, tras exponer la normativa y la jurisprudencia que estima aplicables, contiene la siguiente fundamentación:

" **TERCERO.**- Una vez delimitados los términos del debate hay que resolver en primer lugar acerca de la infracción del principio "non bis in idem" alegada por la parte recurrente y así es preciso destacar que conforme ha declarado el Tribunal Constitucional, el principio "non bis in idem" forma parte del principio de legalidad cuya observancia puede ser exigida, como derecho fundamental, a la luz de lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución, excluyendo la duplicidad de sanciones penales y administrativas (Auto 1098/1988 de 6 de Octubre). La aplicación de este principio supone que las autoridades de un mismo orden a través de procedimientos distintos, no puede sancionar repetidamente una misma conducta ilícita, por entrañar esa duplicidad a de sanciones una inadmisibles reiteración en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado (Sentencias 1/1981 de 30 de Enero , 159/1985 de 27 de Noviembre , 23/1986 de 14 de Febrero , 94/1986 de 8 de Julio , 107 de 1989 de 8 de Junio , entre otras). Este principio implica, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada y la que emana del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 22 de Mayo de 1986 , 7 y 14 de Julio de 1987 y 5 de Septiembre de 1995), la prohibición de imponer una pluralidad de sanciones principales siempre y cuando exista identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto, causa y acción punitiva, y en el supuesto enjuiciado hay que decir que no concurren las citadas circunstancias ya que no nos encontramos ante el ejercicio de la acción punitiva por parte de la Administración toda vez que la resolución objeto de los presentes autos no ha sido dictada en el seno de un procedimiento sancionador sino que nos encontramos ante un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística en el que la Administración ejerce la potestad de asegurar el cumplimiento de la legislación y ordenación urbanística mediante el restablecimiento del orden jurídico perturbado y que es absolutamente independiente de la sancionadora y además la Jurisprudencia ha entendido reiteradamente que no opera el principio "non bis in idem" cuando se trata de un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, por lo que la alegación que la demandante hace en relación con el principio del "non bis in idem" debe ser rechazada sin más debiendo añadirse además que no resulta de aplicación el artículo 77.4 de la Ley 39/15 que se refiere clara y únicamente a los procedimientos de carácter



sancionador sin que pueda aplicarse por analogía a los procedimientos de restablecimiento de la legalidad tal y como pretende el recurrente ya que no podemos olvidar que la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, lo que obviamente no concurre en el presente supuesto ya que se trata de dos procedimientos con naturaleza jurídica radicalmente diferente teniendo en cuenta que en cualquier caso la sentencia penal se remite a la vía administrativa para la supervisión de la actuación denunciada por si la misma sobrepasa los límites de la licencia concedida.

CUARTO.- Pasando a resolver acerca del fondo del asunto hay que decir que en el presente supuesto del examen del expediente se comprueba que girada visita de inspección se constató que : "Las obras detectadas consisten en la ampliación de una vivienda en unos 45 m2 aproximadamente, demolición de almacén o similar de unos 90 m2 y ejecución de otra vivienda unifamiliar de unos 110 m2. Según el PGOUM 2011 actualmente en vigor, la clasificación del suelo donde se ubican es No Urbanizable de Especial Protección por Planificación Territorial y Urbanística (Protección Territorial), dentro de las Áreas de Sensibilidad Paisajística de los Montes de Málaga. Las obras ejecutadas suponen un incumplimiento de las condiciones de uso y edificación que fija el artículo 14.4.9 del vigente PGOU, por lo que deben considerarse como no legalizables." tal y como resulta del informe emitido por el técnico municipal con fecha 4 de abril de 2016 por lo que se acordó la incoación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística concediendo al recurrente el trámite de audiencia por un plazo de quince días para que formulara alegaciones que fueron desestimada motivadamente en base al informe técnico de fecha 30 de marzo de 2.017 por lo que se dictó el Decreto objeto de los presentes autos en el que se acordó la demolición de las obras llevadas a cabo por lo que resulta que se han respetado todo los trámites establecidos legalmente siendo que la Jurisprudencia ha reconocido una marcada preferencia a los informes emitidos por técnicos situados en una posición de mayor objetividad, singularmente los informes técnicos de servicios municipales y los informes periciales rendidos en autos, sin que en caso de divergencia sustancial entre los mismos, pueda darse prevalencia sin más al informe emitido por los servicios técnicos municipales pues ello supondría dejar sin virtualidad práctica alguna a la prueba practicada en el proceso contencioso-administrativo sin embargo en el presente supuesto deberá prevalecer la presunción iuris tantum de certeza de la actuación administrativa que no ha quedado desvirtuada por las alegaciones vertidas por la recurrente las cuales no se han justificado con prueba pericial alguna que resultaría imprescindible al objeto de ilustrar a esta juzgadora, que obviamente carece de los conocimientos técnicos necesarios, y poder contradecir los informes obrantes en el expediente y ello dado que cuando, para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver el proceso, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al mismo, el de la prueba pericial, aunque se ha de señalar que los informes periciales no acreditan por sí mismos y de una forma irrefutable una determinada valoración y apreciación técnica de los hechos o datos aportados al proceso, sino que expresan el juicio o convicción de los peritos con arreglo a los antecedentes que se les han facilitado, sin que necesariamente prevalezcan sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarlos salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, por todo lo cual resulta que siendo que no pueden ser autorizadas por el Ayuntamiento obras ilegales y que además el mismo ante su ejecución está facultado, e incluso obligado, a desplegar la actividad propia para la protección de la legalidad urbanística, procederá desestimar sin más el presente recurso y declarar la conformidad a derecho de la resolución impugnada...."

QUINTO.-El restablecimiento de la legalidad urbanística tiene finalidad reparadora, es decir, busca restaurar la legalidad que ha sido vulnerada reponiendo la realidad material que fue alterada a consecuencia de la infracción cometida. Por lo tanto, a pesar de tener un trasfondo evidentemente gravoso para el administrado que será obligado a demoler la construcción ilegal o a cesar definitivamente en el uso ilícito del suelo, esta actuación administrativa no es una manifestación del *ius punendi*, pues no busca castigar al sujeto por la infracción cometida sino restablecer el ordenamiento jurídico urbanístico y repararla la realidad material a su estado original previo al ilícito.

Tribunal Constitucional, entre otros pronunciamientos, en su Auto 214/2000, de 21 de septiembre, que en su Fundamento Jurídico 1º dejó dicho que: "En efecto, reiteradamente tiene afirmado la jurisprudencia que ante una vulneración de la legalidad urbanística hay que distinguir entre la potestad administrativa para sancionar aquella vulneración, si está tipificada como infracción urbanística (como lo exige el artículo 25.1 CE) y la potestad administrativa para restaurar el ordenamiento urbanístico conculcado, en cuanto el interesado lo ha perturbado al prescindir de la previa obtención de licencia municipal adecuada y suficiente para la realización de las obras que está llevando a cabo indebidamente".

La distinta naturaleza que revisten ambas figuras jurídicas exige un régimen jurídico propio de cada una, lo que supone la existencia de procedimientos completamente distintos y ello se materializa en una tramitación completamente autónoma, atendiendo a normativa y principios distintos, de modo que si bien al tratarse de



expedientes cuyo objeto son los mismos hechos, la resolución del expediente sancionador adquirirá el carácter de precedente administrativo respecto del de restablecimiento y vinculará a la administración instructora, a menos que emita una resolución contraria o diferente de manera motivada y que atienda a razones de interés público

Por otra parte, conforme al principio de unidad jurisdiccional, nuestro Tribunal Constitucional afirma un principio de congruencia o no contradicción entre órganos y órdenes jurisdiccionales que tiene su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, un principio de vinculación por lo ya fallado en otro proceso que viene a sintetizarse en la de todos conocida fórmula conforme la cual unos mismos hechos no pueden ser y dejar de ser, existir o dejar de existir, dependiendo del órgano o del orden jurisdiccional, (STC 77/1983, 158/1985, 178/1983, 77/). Pero el principio no impide una distinta valoración de los mismos hechos atendiendo a la óptica con la que cada orden jurisdiccional aborda ese escenario fáctico (STC 231/2006), siempre y cuando la diversa apreciación sea motivada dando razón de esa diferente óptica y su proyección sobre esa valoración diferente (STC 21/2011).

Además esa exigencia de no contradicción y derivadamente la vinculación por la resolución firme de un órgano de otra jurisdicción se acota a los hechos, exclusivamente a los hechos, y no a las valoraciones jurídicas, ese es el sentido de la excepción que contempla la doctrina constitucional que acabamos de referir; y, por hechos probados sólo podemos entender aquellos de naturaleza estrictamente física y no desde luego aquellos de naturaleza jurídica. Así, al Administración primero y el juez contencioso al revisar la actuación de aquélla podrá alcanzar unas conclusiones bien distintas en el proceso de integración de aquellos hechos en la norma administrativa, sin que sea obstáculo para ello respecto de los ilícitos penales que acoge el artículo 319 del CP, en los supuestos de edificaciones no autorizables.

Como afirma la STS 12 julio 2012 (cas. 3324/2010), para similar supuesto en el que los hechos objeto del expediente administrativo y de ulterior enjuiciamiento por el Tribunal del orden jurisdiccional contencioso administrativo habían dado lugar a la incoación de un procedimiento penal, carece de fundamento en estos casos la invocación del principio *nec bis in idem*, puesto que que "Es de sobra conocida que la ejecución de obras o instalaciones clandestinas por no estar amparadas por el preceptivo título habilitante, da lugar a la tramitación de, al menos, dos tipos de procedimientos: 1) el tendente a la restauración de los bienes afectados y 2) la imposición de sanciones por infracción urbanística, como se indica en el artículo 51 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU), siendo, los mismos, independientes y compatibles entre sí, como enfatiza el artículo 52 del RDU al indicar que "En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas". De modo que careciendo de naturaleza sancionadora el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, la Administración no estaba obligada a suspender su tramitación, como sí sucede respecto al procedimiento sancionador, con el procedimiento incoado para la imposición de sanción por la ejecución de obras sin licencia, suspensión que resultaba obligada por aplicación de la jurisprudencia (STS de 11 de septiembre de 2006, rec. 226/2003). Incluso los responsables pueden ser personas diferentes desde el momento en que conforme art. 21.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (actual art. 27 del TR de la Ley del Suelo de 2015), en caso de transmisión de las fincas el nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos; es decir, frente al carácter personal de los procedimientos sancionadores (sea penal o administrativo), el de protección de la legalidad urbanística, y tiene carácter real en virtud de lo dispuesto, además de en la normativa ante dicha en el artículo 168.2 de la LOUA, norma de aplicación al caso de autos, procedimientos en los que lo esencial es determinar cuáles son las actuaciones contrarias a la legalidad urbanística y quienes son los titulares de la finca donde se hayan producido, con independencia de la responsabilidad de los intervinientes, que será ventilada en el procedimiento sancionador o penal que recaiga.

En consecuencia, el hecho que al caso de autos, la sentencia de fecha 30 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9, de acuerdo con los principios aplicables en dicha jurisdicción (intervención mínima, personalidad de las penas, carga de la prueba de la acusación, *in dubio pro reo*, etc...), determine que el ahora apelantes efectuó una ampliación de la vivienda unifamiliar de 45 m2, previamente existente en 63 m2 aproximadamente, pero que no procedió a la demolición de la antigua construcción, almacén o similar ya existente con una superficie de 90 m2 y a la edificación de otra, en su lugar como nueva vivienda unifamiliar de superficie aproximada de 110 m2, señalando la sentencia que "*Por todo, sin poder dejar pasar por alto que sobre esta edificación el acusado sí que reconoció haber realizado algunas reformas, cualquier actuación que hubiera podido ejecutar que sobrepasara los límites de la licencia concedida (si es que ella lo amparaba) habría de ser supervisada, y en su caso sancionada, administrativamente, pero o en este ámbito penal, por no poder asegurarse que el acusado hubiera derribado y construido de nuevo tal nave. Y es en ese mismo ámbito administrativo asimismo donde deberá también depurarse la responsabilidad del acusado en lo que relacionado*



con movimientos de tierra y muro de hormigón, actuación que fue lo que precisamente una vecina denunciara la construcción de un bajante y ciertas deficiencias que motivó que el Ayuntamiento decidiera comprobarlo"

Por tanto la sentencia penal hace una remisión a la que pueda apreciarse por la Administración a mayores de lo que la misma constata, por lo que no impide que la Administración, en ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, acuerde la demolición con base a la constatación que, como se indica en la sentencia apelada, los técnicos municipales comprobaron *in situ*, "la ampliación de una vivienda en unos 45 m2 aproximadamente, demolición de almacén o similar de unos 90 m2 y ejecución de otra vivienda unifamiliar de unos 110 m2. Según el PGOUM 2011 actualmente en vigor, la clasificación del suelo donde se ubican es No Urbanizable de Especial Protección por Planificación Territorial y Urbanística (Protección Territorial), dentro de las Áreas de Sensibilidad Paisajística de los Montes de Málaga. Las obras ejecutadas suponen un incumplimiento de las condiciones de uso y edificación que fija el artículo 14.4.9 del vigente PGOU..Es decir constata la Administración el carácter ilegal e ilegalizable de la obra en la totalidad de esas construcciones, aunque no se haya considerado su ejecución constitutiva de delito en alguna de ellas, porque al margen de esa calificación jurídica, reservada a la jurisdicción penal, y cuya efectiva apreciación depende del cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales inherentes a esa jurisdicción, no necesariamente coincidentes con los propios de un expediente de reposición de la legalidad urbanística, la mera transgresión de la legalidad urbanística con obras ilegales e ilegalizables determina la obligación de reponer las cosas al estado anterior, que será exigible por la Administración, aunque no se haya considerado la ejecución de tales obras en el proceso penal.

Por tanto, la sentencia apelada debe ser confirmada, sin que la Sala aprecie en la misma incongruencia alegada, puesto que debe de forma reiterada, el Tribunal Constitucional, por todas en sentencia 104/2022, de 12 de septiembre (FJ 3), viene definiendo la incongruencia omisiva en la forma siguiente:

"...la incongruencia omisiva o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales."

SEXTO.-La desestimación del recurso de apelación determina que proceda la imposición de costas a la parte apelante (art. 139.2 y 3 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 de don Néstor , frente a la sentencia nº 4/2024, de 12 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de MÁLAGA, al PO 135/21.

SEGUNDO.-Imponer el pago de las costas 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.