



Roj: **STSJ AND 11951/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:11951**

Id Cendoj: **29067330022024100722**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **01/07/2024**

Nº de Recurso: **97/2022**

Nº de Resolución: **1950/2024**

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.:2906745320200003267.

Procedimiento: Recurso de Apelación 97/2022.

De: Julia

Procurador/a:PABLO ZURITA GARCIA

Contra: AYUNTAMIENTO DE DIRECCION000

Letrado/a: ABILIO SAN MARTIN ORTEGA

SENTENCIA NÚMERO 1950/2024

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. 97/2022, interpuesto por la el Letrada Sra. Alguacil Conde, en nombre y defensa de doña Julia , contra la sentencia nº 474/2021, de 22 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de MÁLAGA, al PO 478/20, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE DIRECCION000 , representado y defendido por el Letrado de la Corporación Sr. San Martín Ortega.

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 TRES de Málaga dictó sentencia en el encabezamiento reseñada desestima el recurso interpuesto por la parte ahora apelante.



SEGUNDO.-Contra la referida sentencia es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito de 11/11/21, y con base a los motivos que expone, pide sentencia que acuerde revocar la Sentencia nº 474 de fecha 22 de octubre de 2021, y estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, contra la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000 al permitir en DIRECCION001 de municipio la existencia de un centro zoológico y de residuos en suelo urbano de uso residencial en contra de los artículos los artículos 17 y 143 del PGOU de DIRECCION000 , vulnerando los derechos fundamentales de mi mandante, reconocidos en el artículo 15 y 18 CE, conforme al petitum de la demanda.

TERCERO.-La parte recurrida presenta escrito el 17/12/21 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir su día sentencia que lo desestime con expresa imposición de costas al 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 TRES de Málaga dictó la sentencia nº 474/2021, de 22 de octubre, al PO 478/20, que falla:

"Que DESESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la letrada Sra. Matilde Alguacil Conde, en nombre y representación de Da Julia , contra el AYUNTAMIENTO DE DIRECCION000 frente a la inactividad de la Administración demandada por no atender las denuncias de la demandante sobre la existencia de un centro zoológico en el solar sito en DIRECCION001 de DIRECCION000 , con imposición de las costas a la recurrente con el límite máximo de 3.000 euros".

SEGUNDO.-Frente a dicha sentencia la parte apelante alega, en síntesis:

- Existe una vulneración del art 24 CE, cuando la Sentencia establece que la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000 que se recurre es distinta de la fijada por esta parte en el escrito de interposición del recurso, así como en la solicitud de la medida cautelar conforme al art 136 LJCA y en el suplico la demanda, la Sentencia adolece incongruencia omisiva, no se motiva porque no da respuesta a las concretas pretensiones formuladas, sino fija expresamente un objeto distinto del procedimiento, "existe un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formula sus pretensiones" STC 36/2006, de 13 de febrero, pretensiones que quedan determinadas en:

* En el escrito de interposición del recurso conforme al art 25.2 de LJCA, se establece que el día 16 julio de 2020, Dª Julia presentó denuncia con R.E nº NUM000 ante el Ayuntamiento de DIRECCION000 solicitando la suspensión inmediata de la actividad ilegal de centro zoológico sito en DIRECCION001 , propiedad de D. Amadeo , por ser un uso contrario al Plan General de Ordenación Urbana del municipio, y ante la inactividad del Ayuntamiento, el día 1 de septiembre de 2020 con RE nº NUM001 , al amparo del artículo 29.1 de la LJCA, son los documentos 1 y 2 del escrito de interposición del recurso. No existe margen de apreciación se hizo reclamación previa, cumplimiento de los preceptos del PGOU como interpreta la STS 3024/2020 8 de octubre de 2020 nº de recurso 91/2020

*En el Auto de fecha 8 de febrero de 2021, desestima la medida cautelar solicitada por la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000 conforme al art 136 LJCA, tramitado en Pieza de Medidas Cautelares nº182.1/2020:

"Lo pedido y referido a la suspensión de determinados actos al amparo del art. 181.1 LOUA y a la incoación de un procedimiento sobre restauración de la legalidad urbanística, ni resulta de un acto administrativo ni de disposición general alguna, por lo que resultando la evidencia de la inexistencia del presupuesto del art. 29.1"

El referido Auto ha sido recurrido en apelación y el recurso se admitió por providencia de 17 de febrero de 2021, y el día 23 de marzo de 2021 con IdLexNet NUM002 , nos hemos personado ante la Sala, y por Decreto de 22 de diciembre de 2020 se admite el recurso contencioso administrativo interpuesto, no concurriendo las causas de inadmisión establecido en art 51 LJCA, en contra de lo que establece el Auto recurrido.

* En el suplico de la demanda se establece el siguiente petitum:

"1º.-ESTIME el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000 , por no atender las denuncias de mi mandante, sobre la existencia de un centro zoológico en el solar sito en DIRECCION001 de DIRECCION000 , propiedad de D. Amadeo , ubicado en suelo urbano con uso residencial unifamiliar, prohibido por PGOU de DIRECCION000 .



2º.-CONDENE al Ayuntamiento de DIRECCION000 a que en el plazo máximo de diez días desde la notificación de la firmeza de esta sentencia dicte resolución de incoación del expediente de disciplina urbanística y medioambiental contra la referida instalación, adoptando con ella la medida cautelar de clausura inmediata del centro zoológico, y el solar quede desinfectado y sin residuos, tramitándolo en la forma legalmente establecida y resolviéndolo en el plazo máximo de tres meses.

3º.-CONDENE al pago de una indemnización 32.000 euros por daños morales, con los intereses legales.

4º.-CONDENE en costas al Ayuntamiento de DIRECCION000 ."

Las denuncias presentadas por mi mandante desde el día 24 de noviembre de 2017, por la existencia de un centro zoológico ilegal junto a su vivienda tiene siempre la misma causa, en el solar de DIRECCION001 se desarrolla una actividad prohibida por PGOU, no siendo suficiente requerir al titular de la actividad ilegal que tome medidas correctoras ambientales, mientras el uso sea incompatible con el uso residencial de vivienda unifamiliar.

La Sentencia recurrida, se dicta en contra del art 67 LJCA, no se refiere al incumplimiento de actividad inspectora en la aplicación del PGOU, que vulnera los derechos fundamentales de mi mandante; en el fundamento de derecho tercero tras la valoración prueba a la que luego me referiré, expresamente fija un objeto del procedimiento distinto al establecido por las partes:

"Lo primero que procede aclarar es que el recurso se interpone contra un supuesto de inactividad de la administración por lo que no se trata de determinar si la tenencia de animales en una parcela con la clasificación urbanística que consta requiere de licencia o autorización, sino que se trata más bien de determinar si, ante la posible existencia de tales situaciones, y de unos problemas de salubridad en la tenencia de animales se ha producido esa inactividad"

El objeto del procedimiento, que ha determinado la Sentencia se realiza en contra de lo dispuesto en el art 32.1 LJCA:

"Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas."

Existe una evidente incongruencia en la Sentencia por no resolver dentro pretensiones de las partes como establece el art 33 LJCA, en concordancia con el art 29 LJCA:

"Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición"

El Ayuntamiento se ha limitado a defender que se han emitido unos informes en junio de 2020 y un requerimiento formal al titular del solar, pero no es suficiente, la actividad prohibida sigue desarrollándose y mi mandante sigue padeciendo los perjuicios, no existiendo margen de actuación ante la literalidad de los art 17 y 143 PGOU:

I.- *"Art 17 Limitaciones en los usos de las distintas zonas.*

Con base en el artículo 26 del Capítulo II de la Memoria, se limitan en relación con lo establecido en el Plan, que se revisa, los usos que se expresan en los siguientes términos:

1. En las zonas unifamiliares se han prohibido todos aquellos usos que no sean de viviendas, a excepción del uso comercial-residencial denominado residencias para la 3a edad (SA-6),"

En el art 143 del PGOU se establecen nuevas limitaciones de usos:

En las zonas unifamiliares se han prohibido todos aquellos usos que no sean de vivienda, o S.A.6.Residencia 3a edad".

El Ayuntamiento solo ha dictado un acto administrativo, posterior a las denuncias de mi mandante, en los que requiere al titular de la actividad ilegal a realizar medidas correctoras de una actividad prohibida, no a la restauración de la legalidad urbanística al existir un centro zoológico ilegal, una construcción ilegal y acumulación de residuos, y ahora tiene el amparado de una Sentencia.

No hay una ampliación del expediente administrativo como dice la Sentencia recurrida, al aportarse los informes de urbanismo, pues en el escrito presentado el día 25 de enero 2021, solicitamos el expediente del procedimiento:

El objeto de este recurso es la inactividad municipal tras la denuncia presentada en el Área de Arquitectura y Urbanismo del Ayuntamiento de DIRECCION000 , el día 16/07/2020, con R.E. no NUM000 solicitando la



suspensión inmediata de la actividad ilegal de centro zoológico sito en DIRECCION001 , propiedad de D. Amadeo , por ser un uso contrario al Plan General de Ordenación Urbana del Municipio y reclamación previa del día 01/09/2020 con R.E. no NUM001 , al amparo del art. 29.1 de la LJCA .

Y por diligencia de ordenación de 26 de enero de 2021 se reclama el expediente que objeto del recurso.

No existe tutela judicial efectiva, cuando la Sentencia no se ha pronunciado sobre nuestras pretensiones, y se dice expresamente que no se va a resolver sobre ello, y mantiene a mi mandante soportando una actividad ilegal, sin realizarse limpieza alguna, y permite seguir padeciendo la entrada de ratas, cucarachas, olor y vivir junto a una infra construcción con amianto, pues a pesar de decir la Sentencia que la actividad ilegal ha cesado, como se ha manifestado, es una afirmación contraria al último documento incorporado al expediente administrativo: el informe técnico sanitario de 12 de marzo de 2021, "no consta una resolución administrativa posterior, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla" *conforme art 70.1 LPAC* ,si hubiera cesado, la Agente Sanitario no habría realizado visita a la vivienda de mi mandante el 8 de julio de 2021, informe que no se ha incorporado al expediente porque evidencia la inactividad municipal, no se ha dictado por el Ayuntamiento ningún acto administrativo para dar cumplimiento al referido informe, a pesar que la Sentencia dice que se ha cumplido con el requerimiento realizado en julio de 2020, en contra de la literalidad del informe de 12 de marzo de 2021, que se incluyo de oficio en el expediente administrativo.

La comparación realizada entre los escritos de interposición, demanda y contestación a la demanda, como establece la Sentencia de 18 de diciembre de 2013 (rec. cas. núm. 906/2011), prueban el cambio del objeto del procedimiento: se desestima una la medida cautelar por un motivo, no obstante se admite el recurso contencioso administrativo, y se desestima la demanda por una inactividad que no se ha recurrido, obligando a esta parte a padecer una actividad ilegal, en el solar colindante a su vivienda, vulnerándose el art 24 CE, no existe tutela judicial efectiva, cuando la Sentencia permite la intromisión ilegítima, dictándose en contra de la propia Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, 13 de julio, a la que alude:

"Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponden".

El Ayuntamiento ha renunciado a su competencia conforme art 8 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y que tiene atribuida conforme al artículo 25.2.a), b) LBRL respecto a mi mandante, siendo su obligación de actuar es concreta y determinada, como interpreta STSJ AND 3951/2020 - en Recurso no 1103/2015, ante el incumplimiento por el titular del solar de sus obligaciones conforme al art 155 LOUA.

-Vulnera el art 29 LJCA y la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

La actividad de centro zoológico y de centro de residuos ilegal, se viene denunciado desde el año 2017, no ha iniciado expediente alguno hasta el año 2020, y continua desarrollándose como consta en el expediente administrativo, a pesar de las manifestaciones del Ayuntamiento, que en la contestación a la demanda dice que los animales son de compañía y que hay una vivienda en el solar sito en DIRECCION001 en contra de los propios informes municipales, que aclaran que es un solar y los perros son de caza (evidenciando que hay una actividad), formando un centro zoológico ilegal. El Ayuntamiento de DIRECCION000 se ha limitado a dictar un solo acto administrativo, como se ha dicho, no obstante, la Sentencia recurrida afirma que se ha puesto fin a los hechos, cuando de la documental aportada se acredita lo contrario:

"Otra cosa será que esas actuaciones parezcan o no suficientes y bastantes a la recurrente o que esta entienda que se han adoptado tras un tiempo excesivo, pero, en cualquier caso, no puede decirse, se reitera, que estemos ante un supuesto de inactividad de la administración pues no consta haya habido pasividad por el Ayuntamiento, sino que constan como se ha dicho la realización de actuaciones y el dictado de resolución expresa para poner fin a los hechos que fueron objeto de la denuncia interpuesta por la recurrente"

El informe del agente sanitario de 12 de marzo de 2021, 7 meses después a que el propietario de la parcela presentará un escrito en que reconocía que seguía con la actividad ilegal (folio 53 EA de Medio ambiente), confirma que las condiciones de insalubridad se mantienen. El pronunciamiento de la Sentencia transcrito, es contrario a la interpretación jurisprudencial, como se ha expuesto en la demanda y escrito de conclusiones, la inactividad de la Administración frente a las inmisiones sonoras, olores, y otras actividades molestas, no sólo existe cuando la Administración no realiza ningún tipo de actividad en orden a evitar la vulneración de derechos fundamentales, sino también cuando la realizada es puramente formal, y así lo viene recogiendo la jurisprudencia de forma constante (STS 18-11-2002 ; 10-04-2003 ; 29-05-2003), En la reciente Sentencia TS 3024/2020 8 de octubre de 2020 No de Recurso: 91/2020:

"Aun no siguiendo el cauce del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción , se puede impugnar por medio de este procedimiento especial aquella actuación de la Administración que, por su deficiencia o insuficiencia, conduzca a la lesión de derechos fundamentales e, igualmente, la omisión que produzca esos efectos, aunque no se reclame el cumplimiento de una obligación prevista directamente por una disposición general y consistente en una prestación concreta en favor de personas determinadas"

Y así lo expone la STSJ NA 224/2017 No de Recurso: 242/2017 25 junio 2017: "la actividad de la Administración ha de ser material, integral y no fragmentaria, suficiente, y eficaz (...)

- Error en la valoración de la prueba.

No se ha valorado la prueba documental admitida: las denuncias presentadas por mi mandante en el Ayuntamiento de DIRECCION000 durante cuatro años, en los que manifestaba que era imposible vivir en DIRECCION002 por la existencia una actividad en el solar de DIRECCION001 , solo ha dictado, como se ha dicho, un único acto administrativo el 10 de junio de 2020 de carácter formal.

La Sentencia recurrida considera probado hechos que los propios informe municipales consideran como no acreditados, como en el informe de día 16 septiembre de 2020 el informe de la policía local (folio 57 E.A de Medio ambiente), tras las alegaciones propietario, que demuestra no solo que existe un zoológico ilegal sino también centro de depósito de residuos de la construcción ilegal, ponen en duda la veracidad del informe del veterinario que no existe, pues no están en el expediente administrativo:

"Adjunta documento oficial del veterinario D. Horacio , donde certifica que los animales están vacunados, identificados, desparasitados, con buen estado de salud, bien alimentados y sin carencia fundamental, si bien no consta el número de animales inspeccionados ni su identificación".

Los animales siguen en el solar, la suciedad, y la infra construcción con amianto, la visita de la Junta de Andalucía (Cámara agraria) el 16 de junio de 2021, tras la denuncia del hijo de la demandante por maltrato animal, no consigue que finalice la situación de insalubridad, constando en los documentos nº 11 y nº14 que adjuntamos a la demanda, su falta de competencia en estos hechos, solo se han retirado los perros, el resto de los animales sigue en el solar, que ahora están sin agua, al estar enganchado a la red, por su carácter de centro ilegal.

Existe una vulneración de la tutela judicial efectiva se produce cuando el Juez que admite la prueba, y asiste a la práctica de la prueba no es el que dicta la Sentencia, se vulnera el principio inmediación; y siendo un procedimiento que tiene por objeto la inactividad del Ayuntamiento, la prueba documental presentada debe valorarse, se acreditaba que el estado del solar en febrero de 2021, tras la denegación de la medida cautelar, la ratas documento nº 13, y grabaciones donde se perciben los ruidos, los animales, la suciedad, y los residuos.

La Sentencia se refiere con detalle a los informes realizados por la policía, bomberos y agentes sanitario en junio de 2020, y en septiembre 2020 en las que se manifiestan que han mejorado las condiciones, mejora que solo se producen cuando avisan al propietario que van a ir a comprobar el estado del solar, posteriormente consta el informe presentado por el agente sanitario de 12 de marzo de 2021 de su primera visita al solar, que se incorporó de oficio al expediente administrativo, que dice:

"Se trata de una parcela rectangular situada entre dos parcelas ocupadas por vivienda unifamiliares. A su entrada existe un fuerte desnivel por el que se accede con dificultades a varias construcciones muy precarias, con paredes techos y suelos de materiales variados (maderas, chapas, ladrillo, cemento), rotos, sin enlucir ni pintar. El conjunto ofrece una imagen de lugar destartado, dujo, y mal mantenido. Esta situación, junto con el crecimiento de vegetación descuidada y el acopio de materiales por distintos sitios, hace del lugar un foco de suciedad e insalubridad, que favorece las plagas de roedores, insectos, y microorganismos, puede afectar al entorno construido y habitado.

Es una instalación que se alojan distintas aves, 10 a 12 canarios, unas cuantas perdices (no es posibles contarlas porque están sueltas y se esconde, y varios conejos.

Es otra dependencia hay unas perreras igualmente en situación de suciedad y falta de mantenimiento. Todos los cheniles están vacíos ya que los perros han sido trasladados a otras dependencias tras la primera visita realizada por la policía local. Únicamente hay chenil ocupado por una perra con cachorros en condiciones de espacio insuficiente y suciedad extrema".

La descripción realizada por el agente sanitario evidencia que el propietario sigue desarrollando una actividad insalubre. El referido informe de 12 de marzo de 2021 insiste que el solar es un foco de insalubridad, es ilegal, vuelve a confirmar que existen perros de caza, como consta en las fotos presentadas después de la practica prueba testifical. Existe un núcleo zoológico, como así lo define la Ordenanza municipal reguladora de protección, Bienestar, tenencia responsable de animales y animales peligroso de DIRECCION000 , las medidas



correctoras que propone el informe no se ha llevado a efecto, pues no se ha dictado ninguna resolución por el Ayuntamiento que mande a realizar el desalojado a los animales, ni se ha eliminado los elementos constructivos, ni se ha limpiado y no estando previsto el uso en el PGOU, no procede solicitar autorización por el titular del solar.

La agente sanitario manifiesta en su testifical, que ha hablado por teléfono con la Cámara Agraria y le han comunicado que no había animales allí, no obstante día 8 de julio de 2021, realiza una visita desde la vivienda de mi mandante, tras la presentación por esta parte fotos en la que comprueba que sigue existiendo animales, no habiéndose dictado tras la visita ningún acto administrativo por el Ayuntamiento, en ejercicio sus potestades urbanísticas y de salubridad pública. No hay en el procedimiento una prueba donde conste que la actividad insalubre haya concluido, con las medidas propuesta en el informe técnico de 12 de marzo de 2021 y las solicitadas en nuestra demanda.

Las dudas que expreso el agente sanitario en su declaración ante el número de animales se disipan ante la contundencia de sus informes escritos, no existe núcleos zoológicos mixtos, las condiciones que esta solar se percibe claramente que los animales no son para esparcimiento, cuando se refiere a las construcciones precarias como chapas, son de uralita, con el riesgo a la salud que produce el amianto, como se manifestó en nuestro escrito de conclusiones. Los perjuicios de la actividad prohibida se producen desde el año 2017, no se puede manifestar que ha empeorada la situación durante los estados de alarma de 2020, pues estaba permitido dar de comer a los animales y limpiar.

En la práctica de la prueba, la testigo Da. Adelina se queja de los ruidos y olores de la parcela, que empeoran por la noche cuando aúllan, que los oye una niña de 3 años, y el testigo D. Julio, manifiesta que no duerme por los ladridos de los perros desde hace años, y la vivienda de ambos esta a mas distancia que la de mi mandante que es colindante.

Como se ha dicho, en la valoración de la prueba no ha habido intermediación, conforme al artículo 194 Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo valorar la Sala la prueba admitida, pues no se ha valorado la prueba aportada por esta parte, como la prueba documental: las grabaciones ruidos, donde se ven los residuos. La valoración de la prueba no se ajusta a lo que se entiende por sana crítica, no existe una valoración " en armonía con el entendimiento humano" (Sentencia de 28 de mayo de 2018 dictada por la Sección 5a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso no 120/2017, ROJ: STS 1967/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1967, pues no sigue la propia lógica, se opone a las máximas de la experiencia, como son los principios que inspira los procedimientos administrativos, una actividad de centro zoológico y depósito de residuos, debe tener licencia de apertura, y siendo su uso ilegal conforme al PGOU de DIRECCION000, procede actuar, se permite al que no ha solicitado licencia, el acopio de residuos, cuando en la tramitación de una solicitud de licencia tiene que garantizar la correcta gestión de los residuos conforme al Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.

No se ha solicitado la tutela judicial sobre consideraciones de esta parte de la suficiencia o no de las medidas, sino que existiendo un sometimiento del Ayuntamiento a la Ley, se ha probado que Ayuntamiento no ha ejercitado sus potestades, a pesar de los informes de urbanismos de 18 de agosto de 2020 y de 22 de septiembre de 2020, y continua vulnerándose los derechos fundamentales de mi mandante reconocidos en el art 15 y 18 CE, pues la emisión de los informes, sin ejercicio de potestades no tienen eficacia interruptora de la vulneración del derecho.

Que en este sentido se pronuncia el TEDH en Sentencia de 16 de noviembre de 2004, en la que se refiere a la inacción del Ayuntamiento en la adopción de medidas que garantizase el respeto de la vida privada y familiar, medidas- cautelares- que son "ilusorias" si no se cumplen de manera constante tendentes a cumplir el objetivo para el que son ordenadas, a pesar de la claridad del PGOU, que no se ha aplicado.

En la STC 119/2001, de 24 de mayo señala que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales, en la demanda y en el escrito de conclusiones se ha justificado la procedencia de la indemnización solicitada, a pesar de las manifestaciones del Ayuntamiento que no presenta prueba en contrario, respecto que no se hace pronunciamiento alguno la Sentencia.

-Costas

No procede imponer las costas a mi mandante, que lleva desde el año 2017 denunciando la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000, que solo ha realizado una inspección después de la interposición del recurso y no ha comprobado que aún siguen vulnerándose los derechos fundamentales de mi mandante reconocidos en el art 15 y 18 CE, se ha incumplido su obligación legal ejercer sus potestades ante un ilícito urbanístico



y medioambiental, en este sentido se pronuncia la Sentencia nº 74/2008, de 22 de enero de 2018, de la Sección Funcional 2a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía FD SÉPTIMO: ... no cabe primar injustificadamente la inactividad de la Administración.

La interpretación artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, es contraria a la jurisprudencia de aplicación, sobre el alcance de debe tener la acción por inactividad administrativa, el Ayuntamiento no puede beneficiarse de su propio incumplimiento por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción no procede hacer imposición de las costas.

TERCERO.-La parte recurrida opone:

- Previamente a cualquier consideración hay que advertir la falta de claridad del recurso de apelación. Buena prueba de ello son los párrafos de dicho recurso que a continuación se insertan:

"Existe una vulneración del art 24 CE, cuando la Sentencia establece que la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000 que se recurre es distinta de la fijada por esta parte en el escrito de interposición del recurso, así como en la solicitud de la medida cautelar conforme al art 136 LJCA y en el suplico la demanda, la Sentencia adolece incongruencia omisiva, no se motiva porque no da respuesta a las concretas pretensiones formuladas, sino fija expresamente un objeto distinto del procedimiento, "existe un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formula sus pretensiones" STC 36/2006, de 13 de febrero, pretensiones que quedan determinadas en:..."

"El objeto del procedimiento, que ha determinado la Sentencia se realiza en contra de lo dispuesto en el art 32.1 LJCA:..."

"La comparación realizada entre los escritos de interposición, demanda y contestación a la demanda, como establece la Sentencia de 18 de diciembre de 2013 (rec. cas. núm. 906/2011), prueban el cambio del objeto del procedimiento: se desestima una la medida cautelar por un motivo, no obstante se admite el recurso contencioso administrativo, y se desestima la demanda por una inactividad que no se ha recurrido..."

"La Sentencia recurrida considera probado hechos que los propios informe municipales consideran como no acreditados, como en el informe de día 16 septiembre de 2020 el informe de la policía local (folio 57 E.A de Medio ambiente), tras las alegaciones propietario, que demuestra no solo que existe un zoológico ilegal sino también centro de depósito de residuos de la construcción ilegal, ponen en duda la veracidad del informe del veterinario que no existe, pues no están en el expediente administrativo:..."

"Las dudas que expreso el agente sanitario en su declaración ante el número de animales se disipan ante la contundencia de sus informes escritos, no existe núcleos zoológicos mixtos, las condiciones que esta solar se percibe claramente que los animales no son para esparcimiento, cuando se refiere a las construcciones precarias como chapas, son de uralita, con el riesgo a la salud que produce el amianto, como se manifestó en nuestro escrito de conclusiones. Los perjuicios de la actividad prohibida se producen desde el año 2017, no se puede manifestar que ha empeorada la situación durante los estados de alarma de 2020, pues estaba permitido dar de comer a los animales y limpiar:..."

"No se ha solicitado la tutela judicial sobre consideraciones de esta parte de la suficiencia o no de las medidas, sino que existiendo un sometimiento del Ayuntamiento a la Ley, se ha probado que Ayuntamiento no ha ejercitado sus potestades,..."

"No procede imponer las costas a mi mandante, que lleva desde el año 2017 denunciando la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000, que solo ha realizado una inspección después de la interposición del recurso y no ha comprobado que aún siguen vulnerándose los derechos fundamentales de mi mandante reconocidos en el art 15 y 18 CE, se ha incumplido su obligación legal ejercer sus potestades ante un ilícito urbanístico y medioambiental,..."

"La interpretación artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, es contraria a la jurisprudencia de aplicación, sobre el alcance de debe tener la acción por inactividad administrativa, el Ayuntamiento no puede beneficiarse de su propio incumplimiento por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción no procede hacer imposición de las costas."

Dejando a un lado las incorrecciones gramaticales que se contienen en los párrafos transcritos, resulta complicado para esta parte impugnar un escrito cuyo entendimiento no es precisamente fácil. No obstante ello, se efectuarán las siguientes consideraciones.

Diga lo que diga la parte actora, ejerció su acción contra una supuesta inactividad del Ayuntamiento, pues entendió que no había actuado contra la ilegal situación en que se encontraba un solar colindante a su vivienda. Y esa cuestión es resuelta en la Sentencia impugnada con una referencia completísima a los hechos que se



deducen del expediente y con una argumentación jurídica más extensa que la de las partes litigantes. Ningún reproche por tanto puede hacerse desde un punto de vista formal a la Sentencia, que lejos de incurrir en incongruencia responde a las pretensiones oportunamente deducidas. Además, los extensos razonamientos empleados por el Juzgador a quo impiden acoger la alegación sobre incongruencia omisiva por falta de motivación que parece deducirse del recurso de apelación.

- Sobre el fondo del asunto tampoco pueden acogerse los argumentos del recurrente. En primer lugar, no se produce la inactividad municipal. Se ha dictado una resolución para poner fin al estado que presentaba un solar sin edificar y para acabar con las molestias que podían producirse a terceros. En ningún momento se cita por el actor la norma que califica como núcleo zoosanitario la tenencia de animales de compañía para un uso particular y la consecuente, a juicio del actor, imposibilidad de que éstos puedan encontrarse en una parcela que el planeamiento urbanístico califica como unifamiliar residencial. La tenencia de animales de compañía (no de producción como se dijo por la Veterinaria municipal en su declaración) no requiere la obtención de autorización previa como núcleo zoológico, ni requiere autorización de ningún tipo. Ello implica que en una zona residencial unifamiliar es posible tener animales de compañía, limitándose la intervención municipal a poner fin las molestias que puedan puntualmente ocasionar, que es, precisamente, lo que el Ayuntamiento ha hecho. En definitiva, no nos encontramos ante un núcleo zoológico, como sin la más mínima argumentación se nos dice de contrario, por lo que el Ayuntamiento no puede impedir la tenencia de animales domésticos en la parcela colindante a la del recurrente como éste pretende. A lo sumo se podrán adoptar medidas para evitar perjuicios y molestias, pero no prohibir tal actividad.

- En cuanto a la impugnación que la recurrente hace del pronunciamiento de la Sentencia referente a las costas procesales de la instancia el mismo ha de ser rechazado. Conforme a las previsiones del art. 139 de la Ley Jurisdiccional la imposición de las costas se rige por el principio de vencimiento objetivo atemperado por la posibilidad de que el órgano jurisdiccional aprecie determinadas circunstancias procesales que aconsejen otra cosa. Evidentemente no puede tenerse en cuenta a estos efectos el hecho de que el actor venga formulando denuncias en vía administrativa y que parcial y subjetivamente considere que el Ayuntamiento no ha cumplido sus obligaciones (conclusión ya refutada en Sentencia).

CUARTO.-La sentencia impugnada, tras exponer las alegaciones de las partes y la jurisprudencia que estima aplicables, contiene la siguiente fundamentación:

".....TERCERO.- Analizando en conciencia y conforme a las normas de la sana crítica la prueba practicada consistente en el expediente administrativo y la documental aportada, así como las declaraciones como testigos de Da. Amparo, D. Luis Carlos, Da. Adelina y D. Julio, resultan acreditados los siguientes hechos.

Del expediente administrativo consta que la Sra. Julia presentó escrito ante el Ayuntamiento de DIRECCION000 en fecha 10 de enero de 2020 en el que manifestaba que venía denunciando infracciones por parte del propietario del solar sito en DIRECCION001 desde el año 2017 por la acumulación de residuos y la tenencia de animales domésticos, fuente de diversas plagas, no siendo las condiciones higiénico sanitarias las adecuadas, y solicitando la adopción de medidas oportunas para solventar la problemática expuesta (F. F. 4 EA).

Tras la anterior denuncia se elaboró informe por parte de la Policía Local del municipio, que giró visita a la parcela en cuestión (F. 5 a 11 EA), así como también se realizó informe por los Bomberos (F. 12 EA) y por el Agente Sanitario Municipal (F. 13 y 14 EA), todos ellos con el contenido que constan y que se da por reproducido.

Al F. 15 a 37 EA consta denuncia formulada por D. Ildelfonso en la que se ponen de manifiesto hechos similares a los denunciados por la recurrente, con aportación de fotografías.

Por Decreto de fecha 10 de julio de 2020 dictado por el Concejal del Área de Medioambiente y Sanidad (F. 38 a 49 EA) se acuerda ordenar a D. Amadeo, propietario de la parcela en cuestión, a ejecutar los trabajos de retirada de material combustible en el plazo de 15 días; ejecutar, en el mismo plazo, los trabajos necesarios para mantener a los animales que habitan en la parcela en las condiciones que indica el Agente Sanitario en su informe; advertir a la propiedad de la obligación de informar al Ayuntamiento de todas las actuaciones que realice en relación a los anteriores requerimientos; y advertir también a la propiedad de las posibles infracciones y sanciones en que puede incurrir.

En agosto de 2020, el Sr. Amadeo, propietario de la parcela, presentó escrito manifestando haber retirado los elementos de obra de la parcela, así como unos neumáticos que antes había, informando también del hecho de haber solicitado que por veterinario colegiado se comprobase la adecuación de las instalaciones para los animales (F. 53 a 55 EA). Posteriormente, se emitió nuevo informe por parte de los Bomberos (F. 56 EA) donde se hacía constar que se había realizado las tareas de prevención, limpieza y retirada de materiales combustibles, así como informe de la Policía Local (F. 57 y 58 EA).



En ampliación del expediente administrativo, consta al F. 1 a 7 EA nueva denuncia presentada por la recurrente en fecha 16 de julio de 2020 y la emisión de dos informes técnicos por el área de urbanismo (F. 8 a 14 EA).

Por lo que se refiere a la prueba personal practicada, Da. Amparo, empleada municipal, funcionaria de carrera, Agente sanitario, veterinaria, depuso como testigo y manifestó que había emitido dos informes en el año 2020 en relación a la parcela sita en DIRECCION001. Que en la parcela hay animales que pueden considerarse doméstico y otros de renta o producción, que son aquellos de los que se utiliza algún producto, aunque el propietario de la parcela, según le ha comentado, solo hace uso personal de los animales y no los utiliza para producción. Que hizo un primer informe el 11 de junio de 2020 que elaboró con base al informe de la Policía Local y luego emitió otro informe para el cual, si giró visita a la parcela, de fecha 27 de enero de 2021, el cual fue incorporado de oficio a los autos durante la práctica de la prueba. Que en ese segundo informe concluye que el huerto está un poco abandonado y que hace falta limpiar y desbrozar la parcela y desinfectar para evitar plagas.

Que le consta que días antes la Junta de Andalucía había realizado una inspección y que en la parcela no quedaba animal alguno.

Que la normativa es muy dispersa y en el caso que nos ocupa no estaba claro porque había mezcla de animales domésticos y de renta.

Que como explotación de autoconsumo la parcela no supera el número de animales ni necesita autorización, solo una inscripción.

Que con los animales que quedaban cuando giró visita en enero de 2021 no le pareció que se pudieran generar molestias ni situaciones insalubres.

Que están a la espera de que el propietario de la parcela solicite autorización, pero no sabe de cuantos animales lo hará y entonces ya se valorará si es posible por el uso del suelo.

Que la parcela donde se ubican los animales no tiene una edificación de vivienda fija. Tiene construcciones precarias como chapas. Que no es visible desde el exterior esas instalaciones por el desnivel de la calle. Que la Ordenanza de tenencia de animales no exige autorización para los animales que se consideran de compañía. Que en su visita no detectó malos olores o ruidos ni tampoco se han recibido quejas de otros vecinos.

que según ha sabido de los inspectores de la Junta de Andalucía no queda ningún animal en la parcela.

El Jefe de la Policía Local D. Luis Carlos, que declaró también como testigo, manifestó que por su cargo es quien remite el informe al departamento oportuno pero no estuvo presente en la inspección de la parcela.

Que cree recordar que en el informe se hace constar que los agentes solicitaron la identificación de los canes y que estaba todo en orden.

Que cree que hay un conflicto entre los vecinos. Que al parecer allí había perros y gallos y el ruido son al parecer las molestias que causan el malestar. Que las quejas y requerimientos para la inspección procedían de todas las personas.

Y la testigo Da. Adelina, vecina y conocida desde hace muchos años de la demandante, manifestó que su casa está justo frente a la parcela en la que hay animales. Que ahora hace unos días que no pero que de la parcela venían muchos ruidos de ladridos de perros. Que no puede ver el interior de la parcela. Que el olor es insoportable. Que los perros aúllan por la noche o se pelean entre ellos. Que el 16 de junio de 2021 vio al propietario y otro chico joven sacando bolsas y llevándolas a la basura y se llevó a los animales. Que desde entonces no hay ruidos ni los olores son tan fuertes. Que solo ha visto sacar a un perro el día 16 de junio, antes nunca había visto salir un perro de paseo de esa parcela. Que el dueño de la parcela le llevaba huevos a la vecina pero que no sabe si su vecina pagaba por ellos.

Que no sabía cuantos perros había en la parcela aproximadamente. Que algunas noches un chico joven llegaba con un remolque y metía a los perros para ir de cacería.

D. Julio, también testigo, vecino de la recurrente, refirió que los perros de la parcela se pasan la noche ladrando. Que vive a unos 100 o 150 metros de la parcela donde estaban los perros. Que de los olores no se puede quejar porque no le llegaban pero si los escuchaba de madrugada ladrar y le interrumpían el sueño. Que ha escuchado por la escalera del bloque a otros vecinos quejarse de los ruidos. Que últimamente no se escucha a los perros, no sabe si los han retirado.

Lo primero que procede aclarar es que el recurso se interpone contra un supuesto de inactividad de la administración por lo que no se trata de determinar si la tenencia de animales en una parcela con la clasificación urbanística que consta requiere de licencia o autorización, sino que se trata mas bien de determinar si, ante



la posible existencia de tal situaciones, y de unos problemas de salubridad en la tenencia de animales se ha producido esa inactividad.

Y con base a lo anterior, visto el contenido del expediente administrativo, lo cierto es que no puede decirse que nos encontremos ante un supuesto de inactividad de la administración pues consta como fue incoado expediente y se han realizado actuaciones con motivo de la denuncia presentada, habiendo llegado a dictarse Decreto en el que se requería al propietario de determinadas actuaciones en los términos que han quedado ya dichos. Otra cosa será que esas actuaciones parezcan o no suficientes y bastantes a la recurrente o que esta entienda que se han adoptado tras un tiempo excesivo, pero, en cualquier caso, no puede decirse, se reitera, que estemos ante un supuesto de inactividad de la administración pues no consta haya habido pasividad por el Ayuntamiento, sino que constan como se ha dicho la realización de actuaciones y el dictado de resolución expresa para poner fin a los hechos que fueron objeto de la denuncia interpuesta por la recurrente

CUARTO.- En materia de costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho y observando lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos y teniendo en cuenta que la Ley 37/2001, entró en vigor el 31 de octubre de 2.011, entró en vigor el 31 de octubre de 2.011, procede imponer las costas de este recurso contencioso-administrativo a la recurrente, si bien de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuarto de dicho precepto (La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.), se fija en 3.000 euros la cantidad máxima en dicho concepto atendidas las circunstancias del caso y la cuantía del recurso."

QUINTO.-El artículo 29 de la Ley 29/98, invocado por la parte recurrente, implica la concreción de la previsión contenida en el número 2 del artículo 25 de la nueva Ley, en cuanto establece la posibilidad del recurso "contra la inactividad de la Administración... en los términos establecidos en esta Ley". Pues bien, los términos establecidos en esta Ley, en cuanto a la inactividad de la Administración, son precisamente los que se recogen en los dos números del artículo 29. Su alcance y régimen resultan completados con las previsiones normativas que se contienen en los artículos 32, 46.2, 51.3, párrafo 2.º, 70.1 y 2, 71.1.a), b) y c), 108.1, 114.2, 115.1 y 136; preceptos todos que contribuyen a delimitar los perfiles y alcance de lo que podría considerarse un nuevo tipo de acción. Nuevo tipo de acción/preensión que resulta anticipada en la redacción del artículo 1 de la Ley al establecer el ámbito de la jurisdicción por relación con la "actuación" de las Administraciones públicas.

La recurrente incardina su pretensión en el número 1 del artículo citado. El presupuesto de esta acción es la existencia de una obligación para la Administración de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas. Tal obligación surge "en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo".

La doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la inactividad de la Administración es expuesta en sentencias como las SSTs de 8 de enero 2013 (casación 7097/2010), de 10 octubre 2017 (casación 899/2016) y de 30 noviembre 2017 (casación 3248/2015) -y las que en ellas se citan- delimita el ámbito objetivo de la acción procesal prestacional contemplada en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, reconociendo que la citada disposición legal " (...) establece un procedimiento singular de control de la inactividad de la Administración, que se revela adecuado respecto de aquellas situaciones en que la Administración está obligada en virtud de una disposición general, que no precise de actos de aplicación, a desplegar una actividad material concreta y determinada, o cuando, en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, está obligada a realizar una prestación concreta en favor de determinadas personas (...)" quedando excluidas, en consecuencia, aquellas peticiones o reclamaciones basadas en una presunta actuación ilegal de la Administración, por omisión, cuya satisfacción requiere la tramitación de un procedimiento administrativo, y, en su caso, de un pronunciamiento declarativo expreso de los Tribunales contencioso-administrativos para proceder a su ejecución y sin constituir un cauce procesal idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento contradictorio antes de su resolución.

Resumiendo la doctrina existente la STS núm. 1038/2023 de 18 julio, Recurso núm. 265/2020, dice en su FD 8º, dice :

"...Conviene tener presente, en primer lugar, que la parte actora ha deducido recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, lo que determina la exigencia de que esta Sala observe el cumplimiento de los requisitos que impone el artículo 29.1 de la LJCA , limitando y circunscribiendo el objeto de decisión a este concreto aspecto.

El artículo 29.1 LJCA dispone que:



"Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración."

La Exposición de Motivos de la LJCA establece el significado procesal del recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, contemplado en su artículo 29.1 , y delimita su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

"[...] la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el "cuando" de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad."

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 18 de febrero de 2019, rec. 3509/2017 , no toda pretensión de realización de una actividad concreta por parte de la Administración es ejercitable al amparo de la previsión del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional . La acción prevista en este precepto no pretende remediar cualquier incumplimiento administrativo, sino que está destinada a exigir prestaciones concretas, sobre cuya existencia no se debate, derivadas de una disposición general (siempre que no precise de actos de aplicación) o de un contrato o convenio, pretendiendo, en consecuencia, el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que ya han sido previamente establecidas.

Saliendo al paso de algunas objeciones formuladas por la Abogacía del Estado, debe destacarse que esta Sala ha considerado que el alcance del término "prestación concreta", utilizado en el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción , admite prestaciones materiales o jurídicas (sentencia de 20 de junio de 2005, rec. 3000/2003) e incluso los supuestos de una inactividad reglamentaria debida (sentencias de 5 de abril de 2018 (RJ 2018, 1663) , rec. 4267/2016 , 20 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1493) , rec. 691/2017 , o de 8 de marzo de 2023 (RJ 2023, 1734) , rec. 431/2021). En palabras de esta última sentencia "hay que concebir la potestad reglamentaria como una potestad susceptible de integrar el contenido de un deber legal de obrar jurisdiccionalmente exigible". Y no existe inconveniente en entender que se comprenden, tanto obligaciones de dar como de hacer, pero el presupuesto de la acción prevista en el artículo 29.1 de la LJCA , es que la Administración esté incumpliendo una concreta prestación a la que esté obligada "en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo".

Esta opción prevista en el artículo 29.1 LJCA tiene su sentido cuando no se plantea litigio alguno sobre la existencia de una obligación de dar o hacer concreta y se trata de juzgar la legalidad de la inactividad o pasividad administrativa en cumplir esa prestación, debida e incumplida, en cuyo caso el pronunciamiento de la sentencia consistirá en la condena a hacer lo que no se hizo y se debía haber hecho, o, en palabras del artículo 32.1 de la Ley de la Jurisdicción "que (se) condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas".

Hemos destacado asimismo cómo el procedimiento de control de la inactividad de la Administración establecido en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional , tiene un carácter singular y no constituye un cauce procesal idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento contradictorio antes de su resolución (STS de 18 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7904) , rec. 1920/2006).

También se ha afirmado -y así se recuerda en la sentencia de 18 de febrero de 2019, rec. 3509/2017 - que no resulta viable una pretensión, planteada al amparo del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional , cuando existe un margen de actuación o apreciación por parte de la Administración, de forma que:



"[...] para que pueda hablarse de inactividad administrativa es necesario que la Administración esté obligada a desplegar una actividad concreta que esté establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas. Ahora bien, cuando existe un cierto margen de actuación o apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación exija un acto concreto de aplicación no será posible la admisión del recurso contencioso administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general sino que, en estos casos en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso contencioso administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración" (STS de 14 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 491) -rec. 7081/2004 - y STS de 1 de octubre de 2008 -rec. 1698/2006 -, entre otras)".

Y en la sentencia de 24 de julio de 2000 (RJ 2001, 289) , rec. 408/2009 , seguida por la de 8 de enero de 2013 (RJ 2013, 1200) , rec. 7097/2010 , se recuerda que "para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquel tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general". En similares términos se pronuncia la STS de 16 de septiembre de 2013 (rec. 3088/2012)....."

SEXTO.-El recurso es interpuesto y sustanciado mediante demanda, donde se invoca como normas de procedimiento que deben seguirse los trámites reguladores del procedimiento abreviado, previsto en el artículo 78 de la Ley Jurisdiccional, tal y como determina el artículo 29.1 de la LJCA y 32.1 LJCA, y es señalada como cuestión a resolver la inactividad del Ayuntamiento de DIRECCION000 , que ha incumplido su obligación de velar por lo dispuesto en el PGOU municipal (Arts 17 y 143 sobre limitaciones en los usos de las distintas zonas), permitiendo que en DIRECCION001 , se ejercite una actividad prohibida (centro Zoológico), que causa graves perjuicios a la demandante, alegando que existe una vulneración de la legalidad que obliga al Ayuntamiento a intervenir, para hacer cumplir el PGOU, conforme al art. 183 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) y el artículo 52. Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía , establece que procederá adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada cuando las obras son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística , y a tomar medidas provisional suspensión de la actividad conforme a los artículos 181 LOUA y 42 del Reglamento de disciplina urbanística, el cumplimiento de esta obligación legal es esencial cuando afecta a los derechos fundamentales de mi mandante, que obliga al Ayuntamiento actuar; pues a pesar de ser una actividad ilegal, solo cuando se ha denunciado en enero 2020, se ha iniciado un expediente en área de Medio Ambiente, y en julio de 2020, siete meses después, se dicta una resolución en la que se ha limitado a pedir una mejora de las condiciones para los animales, ignorando su propio PGOU. Pide sentencia que Sentencia 1º.-ESTIME el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inactividad del Ayuntamiento del DIRECCION000 , por no atender a las denuncias de uso prohibido como centro zoológico, de un solar ubicado en zona residencial unifamiliar, instalado por su propietario D. Amadeo . 2º.-CONDENE al Ayuntamiento de DIRECCION000 a que en el plazo máximo de diez días desde la notificación de la firmeza de esta sentencia dicte resolución de incoación del expediente de disciplina urbanística y medioambiental contra la referida instalación, adoptando con ella la medida cautelar de clausura inmediata del cetro zoológico, y el solar quede desinfectado y sin residuos, tramitándolo en la forma legalmente establecida y resolviéndolo en el plazo máximo de tres meses. 3º.-CONDENE al pago de una indemnización 32.000 Euros por daños morales, con los intereses legales.

Por tanto se pretende de la Administración el ejercicio de sus potestades de control e intervención en materia urbanística mediante la incoación de expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado, por más que se trate de potestades imperativas, irrenunciables y de obligado cumplimiento para la Administración, no podemos entender que exista una obligación concreta y específica por parte del Ente local que no precise de actos aplicativos y de la que el particular afectado por la actuación urbanística ilegal y denunciante sea beneficiario, pues en estos casos la puesta en conocimiento del órgano competente de la concurrencia de alguno de los supuestos de hecho que legitiman el ejercicio de tal clase de potestades lo que faculta es, previa la constatación de la existencia de los presupuestos legitimadores de su ejercicio, mediante las actuaciones



de comprobación o inspección que correspondan y verificada la aparente actuación ilegal que así lo justifique, incoar el preceptivo procedimiento contradictorio que la normativa sectorial contempla.

Así las cosas lo procedente en estos casos de omisión de la adopción de las medidas o acuerdos procedentes para procurar el restablecimiento del orden urbanístico perturbado no es sino entablar el correspondiente recurso contra lo que puede fácilmente conceptuarse como desestimación por silencio de una solicitud, pues normalmente el interesado no se limita a denunciar hechos reputados constitutivos de infracción urbanística -entendiéndose por denuncia, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, " (...) el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo"- sino que igualmente insta de la Administración la adopción de las medidas reputadas oportunas a los anteriores efectos

En las anteriores circunstancias dirigida la acción el recurso frente a la desestimación por la Administraciones demandadas de las diversas reclamaciones formuladas por el recurrente con ocasión de considerar que en DIRECCION001 , se ejercite una actividad prohibida (centro Zoológico), que entiende no han concluido pese a las inspecciones municipales, se impone con evidencia que no solo no estamos ante un supuesto de inactividad en el sentido formal anteriormente indicado que habilite el ejercicio de la acción vía del procedimiento previsto en el art. 29.1 LJCA sin precisar procedimiento contradictorio alguno conforme a la jurisprudencia reseñada; sino que ni tan siquiera existe una suerte de inactividad material por parte del Ayuntamiento, como constata la sentencia apelada pormenorizando las razones por las que llega a esa conclusión, y lo que la recurrente pretende al invocar error en la apreciación de la prueba es sencillamente, que revisemos ahora en apelación la valoración de la prueba llevada a cabo en la de instancia; pero como hemos declarado en números ocasiones, tal revisión del material probatorio no tiene cabida en la apelación salvo en supuestos excepcionales, como son aquellos en que se justifique que el Juzgado de instancia ha vulnerado alguno de los escasos preceptos de nuestro ordenamiento que atribuyen valor tasado a determinados medios de prueba, o en que la valoración realizada sea arbitraria o ilógica y, por consiguiente, vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución. No basta entonces con señalar que el resultado probatorio obtenido por el Juzgado a quo pudo ser distinto o que es erróneo, a juicio de la parte recurrente, pues, como decimos, resulta necesario justificar que la valoración realizada es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles. Y nada de esto sucede en el caso que examinamos.

Descartado por el Juzgado de instancia que existiera inactividad material, no cabe tildar la sentencia de incongruente por no pronunciarse sobre el reconocimiento de la situación jurídica individualizada en los términos pedidos en el suplico de la demanda, puesto que presupuesto para estos pronunciamientos de plena jurisdicción es la existencia de esa inactividad, como se desprende de la normativa antes citada de aplicación al procedimiento especial del art. 29.1 LJCA elegido por la recurrente para sustanciar su acción. En todo caso debe recordarse que 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."

SÉPTIMO.-Al socaire del invocado error en la apreciación manifiesta la parte apelante que existe una vulneración de la tutela judicial efectiva se produce cuando el Juez que admite la prueba, y asiste a la práctica de la prueba no es el que dicta la Sentencia, se vulnera el principio inmediación.

Son muy numerosas las sentencias de esta Sala en relación con nulidades pedidas por el dictado de sentencia en por los diversos Magistrados-Juez de refuerzo y/o de adscripción territorial en funciones de refuerzo, impugnaciones basadas en vulneración del principio de inmediación. En todas esta Sala ha razonado lo que sigue.

Como afirma la STC 238/1998, de 15 de diciembre , es cierto que el contenido primigenio del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley consiste en que "el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle



de órgano especial o excepcional" (STC 47/1983 , fundamento jurídico 2º)", *exigiendo una segunda faceta del derecho fundamental que estamos examinando que "la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente"*.

Ahora bien, como puntualiza la Sentencia citada de 15 de diciembre de 1998 "(...) *es preciso no olvidar que esta garantía respecto de las personas físicas que encarnan el Tribunal llamado a juzgar la causa o litigio, no vela por la pureza de los procedimientos gubernativos seguidos en la designación. Su finalidad es más modesta, y más importante: asegurar la independencia y la imparcialidad de los Jueces que forman la Sala de justicia, evitando que se mantenga el Tribunal, pero se alteren arbitrariamente sus componentes*", *manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que "no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas "necesidades del servicio"-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema" (STC 47/1983 , fundamento jurídico 2º)*, perspectiva seguida por las SSTC 97/1987 (FJ 4º) y 307/1993 (FJ 3º), entre otras, afirmando la STC 64/1993, de 1 de marzo al respecto (FJ 2º) que "(...) *la citada norma constitucional no se extiende a garantizar un Juez concreto como pretende el recurrente*".

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia que la composición de los Tribunales encargados de la sustanciación de cada proceso y, más precisamente, la sustitución de los Jueces o Magistrados durante su tramitación, tiene sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el artículo 24.1 CE o sobre las garantías constitucionales del proceso reconocidas en el artículo 24.2 CE , particularmente por lo que se refiere al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a la garantía de imparcialidad (SSTC 64/1993, de 1 de marzo, FJ 2 ; 210/2001, de 29 de octubre , FJ 3, entre otras muchas), afirmando que "*En relación con esta cuestión el criterio seguido por el Tribunal Constitucional, cuando lo que se denuncia es la indefensión provocada por la quiebra de la garantía de inmediación del órgano judicial que dicta Sentencia, debida al cambio o sustitución de los Jueces o Magistrados encargados de la resolución del proceso, ha sido el de valorar, a la luz de la doctrina de la indefensión material constitucionalmente relevante, la presencia en las actuaciones de medios objetivos de conocimiento que permitan emitir un juicio fundado (con conocimiento de causa) a quien tiene encomendado el enjuiciamiento del caso sometido a su consideración*", advirtiendo, asimismo, con cita de la STC 64/1993, de 1 de marzo , FJ 3 (que, a su vez, recuerda doctrina anterior contenida en las SSTC 97/1987, de 10 de junio , y 55/1991, de 12 de marzo) que "*es básicamente esa restricción o no en el conocimiento, por parte del juzgador llamado a decidir sobre la causa, lo que determinará la relevancia de la queja; conocimiento que, según lo expuesto, se verá restringido en aquellos supuestos en que el principio de inmediación vaya unido a la naturaleza predominantemente oral de la actuación, pues en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial*".

Descendiendo al caso de autos, no apreciamos vulneración del principio de inmediación judicial. Le asiste la razón cuando aduce que toda la tramitación del recurso fue realizada en Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de los de Málaga y la sentencia no fue dictada por el Juez que practico las pruebas; pero siendo dictada providencia que pone en conocimiento de las partes litigantes que la sentencia sería dictada por la Magistrada-Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y ello por estar adscrito en funciones de apoyo a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Málaga en virtud de Acuerdo del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla ante dicho y conforme al Plan de actuación aprobado en dicha resolución, providencia que fue notificadas debidamente a las partes sin que, la ahora apelante, pusiera de manifiesto que pudiera concurrir en la citada magistrada causa legal que propiciara su recusación, o en su caso su abstención, de conformidad con el art. 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial . Tampoco concreta en el recurso de apelación cuál de las causas legalmente previstas pudiera concurrir en el Magistrado.

En suma, no hay vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley porque, en definitiva, el nombramiento del Juez de Adscripción Territorial, en funciones de apoyo o refuerzo, es previo al dictado de la sentencia y procede de quien tenía facultades para adoptarlo. Y no hay tampoco conculcación del principio de inmediación judicial y no existió trámite de vista sino de conclusiones escritas, y dicho principio, como es sabido, y a diferencia del orden civil, tiene un alcance muy limitado en el proceso contencioso-administrativo, en el que no existe en la Ley Jurisdiccional un precepto de contenido igual al art. 137.1 de la LEC y se admite incluso la delegación en la práctica de la prueba de conformidad con el art. 60.5 de la LJCA (por todas, STC 177/2014, de 3 de noviembre , que analiza la relevancia de esa falta de inmediación en el orden

contencioso-administrativo por no coincidir el juez que falla con el juez que asiste a la prueba, bajo el prisma de la indefensión efectiva).

OCTAVO.-En cuanto a las costas impuestas en a la primera instancia, el recurso de apelación no puede prosperar. La sentencia apelada impone las costas a la parte recurrente conforme al art. 139.1 de la Ley 29/98, en redacción dada por Ley 37/2011), ello pese a recurrirse contra inactividad de la Administración, dado que, como señala la STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 7708/2018), "

Por tanto, el principio del vencimiento objetivo implica la imposición de costas sin necesidad de más razonamiento, puesto que, como dice el ATS, Sala Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del 01/12/16, Recurso: 368/2016, y, en el mismo sentido dice la STS de 12 de febrero de 2018, Recurso: 3011/2016, en su FD 6º:

".....Decíamos recientemente, en sentencia de 19 de enero de 2017 -recurso de casación 168/2016 -, y debemos reiterar ahora lo siguiente:

"El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 139 LJCA , se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

Esta previsión se configura como una facultad del juez, discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.

Habrá que convenir que, la fórmula utilizada de "... serias dudas de hecho o de derecho", constituye un concepto jurídico indeterminado teñido de subjetividad que dificultará no sólo la razonabilidad de la no imposición de costas en virtud del criterio del vencimiento sino también las posibilidades de fiscalización en vía de recurso.

Este Sala, además, tiene dicho que la expresión «serias dudas» demanda una aplicación restrictiva, pues las discrepancias sobre una determinada cuestión, de hecho o de derecho han de revestir una entidad tal que justifique la excepción (ATS 5 de junio de 2012, rec. 258/2012)".

NOVENO.-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 doña Julia , contra la sentencia nº 474/2021, de 22 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de MÁLAGA, al PO 478/20.

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.