



Roj: **STSJ AND 12670/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:12670**

Id Cendoj: **29067330022024100811**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **12/07/2024**

Nº de Recurso: **176/2024**

Nº de Resolución: **2085/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **FERNANDO DE LA TORRE DEZA**

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.:2906745320200001600.

Procedimiento: Recurso de Apelación 176/2024.

De: Flora y Armando

Procurador/a:MARIA CASTRILLO AVISBAL

Letrado/a:MILAGROS PERALTA VADILLO

Contra: AYUNTAMIENTO DE MARBELLA

Procurador/a:AMALIA CHACON AGUILAR

Letrado/a: S.J.AYUNT. MARBELLA

SENTENCIA NÚMERO 2085/2024

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE:

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADA/OS:

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga a doce de julio de 2024

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el presente recurso de apelación nº 176/2024, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Málaga, en el que es parte apelante, D. Armando y D^a Flora, representados por la procuradora D^a María Castrillo Avisbal, y parte apelada, el Ayuntamiento de Marbella, representado por la procuradora D^a Amalia Chacón Aguilar, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, en la que la ponencia correspondió al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:Con fecha 23 de octubre de 2023, en el recurso contencioso-administrativo nº 217/2020, interpuesto por la procuradora D^a María Castrillo Avisbal, en la representación indicada, se dictó sentencia en la que se



desestimó el recurso interpuesto contra el Decreto nº 2589/2020 dictado por el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de **Urbanismo**, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Marbella que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto nº 6438/2018, dictado el 6/06/2018 la Concejala Delegada de Ordenación del Territorio y Vivienda, que requirió de legalización de las obras llevadas a cabo, con orden de reposición de la realidad física alterada de la parcela DIRECCION000 Marbella.

SEGUNDO:Contra dicha sentencia, con fecha 16 de Noviembre de 2023, la parte demandante interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite se dio traslado a la parte apelada que se opuso al mismo

TERCERO:Practicadas las anteriores actuaciones, por el Juzgado se remitieron a la Sala los autos, abriéndose el correspondiente rollo de apelación con el numero anteriormente consignado, personándose en él las partes apelantes y la parte apelada.

CUARTO:No habiéndose interesado la celebración de vista se procedió a señalar día para deliberación y fallo el 3 de julio de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:Se centra el objeto del recurso de apelación en determinar si la sentencia dictada en la instancia, en cuanto que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución indicada en el antecedente de hecho primero, es ajustada o no a derecho, entendiendo al parte apelante que no lo es y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque se han vulnerado los principios de personalidad y culpabilidad en la medida en que se ha incurrido en un error en la valoración de la prueba pues se recogen hechos que no han sido probados ya que las obras consistentes en la construcción de un muro de hormigón, lo fueron de cerramiento de la parcela el lindero público, lo que no afecta a la edificación, lo que es aplicable a las obras consistentes en zapatas de hormigón para construir la piscina; a lo que hay que unir, por un lado, el hecho de que al haberse construido a la edificación al menos del año 2000, hayan transcurrido mas de 16 años sin que se iniciase expediente urbanístico alguno, y por otro, porque al haber adquirido la propiedad los recurrentes en el año 2016, se vulnera lo dispuesto en el art 193 de la LOUA en cuanto que dispone que de la infracciones responderán los propietarios, promotores y constructores. En segundo lugar, porque se incurre en un error al valorar la prueba practicada pues, por un lado, las obras de cerramiento, es ajena a la edificación, y por otro las de impermeabilización de la cubierta son obras de mantenimiento.

En tercer lugar, porque, no solo el recurrente dio cumplimiento al requerimiento presentado el proyecto de cerramiento y piscina, sino que, además, una vez que transcurrieron más de 3 meses sin resolución expresa, el silencio era positivo.

En cuarto lugar, porque no solo habría prescrito la infracción urbanística, sino que además al no haberse resultado en el plazo de tres meses, el silencio era positivo.

A todo ello se opuso la parte apelada que, reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que en la sentencia constan, interesó la desestimación del recurso.

SEGUNDO:Entrando a conocer conjuntamente de los motivos primero y segundo de los alegados por la parte apelante - motivos por los que entiende por un lado que se han vulnerado los principios de personalidad y culpabilidad en la medida en que se ha incurrido en un error en la valoración de la prueba pues se recogen hechos que no han sido probados ya que las obras consistentes en la construcción de un muro de hormigón, lo fueron de cerramiento de la parcela el lindero público, lo que no afecta a la edificación, lo que es aplicable a las obras consistentes en zapatas de hormigón para construir la piscina; a lo que hay que unir, por un lado, el hecho de que al haberse construido a la edificación al menos del año 2000, hayan transcurrido más de 16 años sin que se iniciase expediente urbanístico alguno, y por otro, porque al haber adquirido la propiedad los recurrentes en el año 2016, se vulnera lo dispuesto en el art 193 de la LOUA en cuanto que dispone que de la infracciones responderán los propietarios y los constructores; y por otro lado, porque se incurre en un error al valorar la prueba practicada pues, por un lado, las obras de cerramiento, es ajena a la edificación, y por otro las de impermeabilización de la cubierta son obras de mantenimiento - los mismos no pueden ser atendidos y ello porque, por un lado la resolución recurrida no versa sobre materia sancionadora, sino que versa sobre la cuestión relativa al restablecimiento de la legalidad ; por otro porque, al resolverse sobre la legalidad de lo construido, no solo la edificación ha de entenderse como un todo, de manera que tanto el cerramiento o las zapatas de hormigón forman parte de la edificación, cuestión distinta a que la parte hubiese acreditado, lo que no ha hecho, que dichas obras se ajustaban a la legalidad; por otro lado porque, el que los recurrentes hubiesen adquirido la edificación el 16/08/2016 en nada afecta al hecho de que, al haberse llevado a cabo infringiendo la normativa urbanística, deban de soportar sus consecuencias, pues como se establece en el art 38 del Decreto 60/2010 de Andalucía, sobre Disciplina Urbanística en Andalucía "De conformidad con el artículo 19



del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, las medidas de protección de la legalidad urbanística tienen carácter real y alcanzan a los terceros adquirentes de los inmuebles objeto de tales medidas, dada su condición de subrogados por Ley en las responsabilidades contraídas por el causante de la ilegalidad urbanística" añadiéndose en el art. 39.5, al regular el procedimiento a seguir, que " ... las actuaciones se seguirán contra la persona que aparezca como propietaria del inmueble afectado en el momento del inicio del procedimiento de restablecimiento de la legalidad...Si durante el curso del procedimiento se produce la transmisión de la titularidad del inmueble afectado, dicho procedimiento deberá seguirse contra el adquirente, debiendo comunicar el anterior propietario a la Administración actuante el hecho de la transmisión, la identificación del adquirente y las circunstancias de la transmisión realizada; y por otro lado, en cuanto a la prescripción de la acción del restablecimiento de la legalidad, porque, una vez que en el art. 185.2 de la ley 7/2002 establece que " Las medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado previstas en este capítulo sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los seis años siguientes a su completa terminación" y en su desarrollo el art 46 del Decreto antes mencionado que " *Las medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado previstas en este capítulo sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los seis años siguientes a su completa terminación.* La limitación temporal del apartado anterior no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los actos y usos descritos en el artículo 185.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre", y constando que desde el año 2016 los recurrentes llevaron a cabo obras consistentes en la construcción de un muro de cerramiento linderos oeste y norte, una plataforma de hormigón donde se ha hecho el vaso de la piscina, la construcción de un porche de vigas de madera sobre pilares de fabrica de ladrillo, la impermeabilización y solado de cubierta, la reparación de la instalación de carpintería metálica y cristal, la reparación, enfoscado y pintura del exterior de la vivienda, en definitiva obras que evidencia que la edificación que adquirieron no se encontraba finalizada, no puede sino desestimarse el motivo.

TERCERO:Entrando a conocer del tercero de los motivos alegados - motivo por que los recurrentes aducen que, no solo dieron cumplimiento al requerimiento presentado el proyecto de cerramiento y piscina, sino que, además, una vez que transcurrieron más de 3 meses sin resolución expresa, el silencio era positivo - el mismo no puede ser acogido pues, en lo atinente a si los recurrentes cumplieron el requerimiento, al constar únicamente unos folios desordenados e incompletos, no puede concluirse que, como aduce la parte hoy apelada, haya sido cumplido en forma, y en lo atinente a la adquisición del derecho a construir por ser el silencio positivo, porque, al disponerse en el art 11 párrafo 3º y 4º del R. D. Legislativo 7/2015 que " Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística", " Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen:...b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta" es claro que el silencio era negativo.

CUARTO:Por último en cuanto al cuarto de los motivos alegados - motivo por el que los recurrentes arguyen que no solo habría prescrito la infracción urbanística, sino que además al no haberse resultado en el plazo de tres meses, el silencio era positivo - debe correr la misma suerte desestimatoria que los anteriores pues como se dejó dicho, ni nos encontramos en un supuesto de infracción urbanística al que puedan afectar los principios de personalidad y culpabilidad, sino ante un supuesto de restablecimiento de la legalidad, si el silencio podía ser positivo.

QUINTO:En cuanto al pago de las costas procesales causadas en la apelación, vista la desestimación del recurso, procede condenar a su pago a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a María Castrillo Avisbal, en nombre y representación indicados, contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2023, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 de Málaga, en autos nº 217/2020, confirmándola en todos sus pronunciamientos, condenando a la parte apelante al pago de las costas procesales causadas en la apelación.

Líbrense dos testimonios de la presente sentencia, uno para unir al rollo de su razón y otro para remitirlo, junto con los autos originales, al Juzgado de instancia a fin de que proceda a su notificación y ejecución.



Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma

Así por esta nuestra sentencia juzgando en definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ