



Roj: **STSJ AND 13609/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:13609**

Id Cendoj: **41091330022024100911**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **20/09/2024**

Nº de Recurso: **736/2023**

Nº de Resolución: **988/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARCELINO RODRIGUEZ ROSALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEVILLA

SECCIÓN SEGUNDA

Recurso de apelación 736/2023

Procedimiento ordinario 235/2022 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Córdoba núm. 1

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

José Santos Gómez

Pedro Marcelino Rodríguez Rosales

Luis G. Arenas Ibáñez

Sevilla, 20 de septiembre de 2024.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, constituida para el examen de este caso, ha visto EN NOMBRE DEL REY el presente recurso de apelación, interpuesto por Jose Antonio , representado por el procurador Antonio Orti Baquerizo contra la sentencia 99/2023, dictada el 12 de septiembre de 2023 en los autos referenciados, siendo parte apelada el Ayuntamiento de San Sebastián de los Ballesteros, representada por el letrado de la Diputación Provincial de Córdoba. Ha sido ponente el magistrado Pedro Marcelino Rodríguez Rosales, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La sentencia apelada contiene el siguiente fallo:

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jose Antonio , representado por el Procurador Sr. Ortí Baquerizo y asistido por el Letrado Sr. Muñoz León. Con expresa imposición a dicho actor de las costas de esta instancia (en la cuantía máxima que se indica en el Fundamento Jurídico último).

SEGUNDO.-El demandante interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que la Administración impugnó.

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

CUARTO.-Señalado día para votación y fallo, tuvieron lugar con arreglo a lo que a continuación expresamos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.-El primer motivo del recurso tacha de incongruente a la sentencia apelada por no resolver sobre los informes y acuerdos municipales citados en el expediente administrativo pero que no constaban en él.

El Ayuntamiento explica que se trata de meros errores de transcripción porque no existen informes con esa fecha y lo demuestra que no los tuviera en cuenta al dictar el acto administrativo impugnado, como tampoco el juez a quo, que se refiere únicamente al Servicio de Arquitectura y **Urbanismo** (SAU) de la Diputación de Córdoba de 5 de octubre de 2021.

El procedimiento administrativo que termina con el acto administrativo impugnado comienza con el decreto del alcalde de San Sebastián de los Ballesteros de 28 de octubre de 2021 que así lo declara explícitamente.

SEGUNDO.-El procedimiento de restauración de la legalidad no tiene naturaleza sancionadora y por eso es irrelevante que la notificación del acuerdo de inicio, no en éste, se indique al interesado que dispone de 15 días para presentar alegaciones de conformidad con el artículo 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula el acuerdo de iniciación en los procedimientos de naturaleza sancionadora, pues todos los antecedentes, fundamentos, normas jurídicas y parte resolutive se refieren exclusivamente a la restauración de la legalidad urbanística vulnerada con la construcción de una vivienda. El demandante lo comprendió perfectamente al presentar sus alegaciones al *Decreto acordando la iniciación del expediente del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, como consecuencia de la realización de una obra sita en polígono NUM000, parcela NUM001, consistente en CONSTRUCCIÓN DE UNA VIVIENDA DE ESTE TÉRMINO MUNICIPAL EN SUELO NO URBANIZABLE.*

Esa indicación ha de ser valorada sólo en cuanto al plazo de que dispone el interesado para presentar sus alegaciones, el máximo previsto en el artículo 47 Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía entonces vigente.

Por último, la Administración no debía tramitar el procedimiento sancionador que el apelante reclama porque era absolutamente inadecuado a su objeto.

TERCERO.-El apelante denuncia la infracción del artículo 183.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía:

Las propuestas de resolución que se formulen en los procedimientos de restablecimiento del orden jurídico perturbado o de reposición de la realidad física alterada deberán incluir, cuando proceda, las disposiciones sobre plazos y otras materias que se estimen precisas para la reposición, a costa del interesado, de las cosas al estado inmediatamente anterior a la apreciación de las circunstancias a que se refieren los artículos 181.1 y 182.1 de esta Ley, incluida la demolición o en su caso reconstrucción.

La propuesta de resolución tiene su función principal en el procedimiento sancionador, al concretar definitivamente los hechos imputados, las pruebas en que se apoyan, el tipo aplicable y la sanción derivada, para garantizar la plena defensa del interesado; pero, si éste conoce esos datos, aun en esa clase de procedimientos puede prescindirse de ella.

Por tanto, la ausencia de propuesta de resolución no puede conducir sin más a la anulación del procedimiento de restauración de la legalidad, sobre todo si, como aquí ocurre, los hechos son los mismos desde la incoación del procedimiento y, a las alegaciones del interesado, siguen únicamente los informes técnico y jurídico que responden a ellas y sirven al alcalde para dictar la orden de restauración de la legalidad.

Los informes que precedieron a la incoación del procedimiento y el mismo decreto de inicio contienen la información que el artículo transcrito precisa y no hubo modificaciones en el curso de aquél.

El artículo 48.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dice que *El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados* y el apelante no aclara qué perjuicio le causó la omisión de una específica propuesta de resolución. La sentencia de este Tribunal Superior de Justicia, sede de Granada, que el recurrente transcribe, se refiere a un caso en que nada se pudo alegar en defensa de la eventual legalización de las obras, cuando aquí sucedió exactamente lo contrario: Jose Antonio presentó sus alegaciones y el ayuntamiento las examinó y rechazó fundada y motivadamente.

CUARTO.-El apelante considera que la ausencia de un plan de actuación municipal de inspección urbanística determina la nulidad del acto impugnado, pero no es así.

La incoación del procedimiento de restauración de la legalidad es una obligación que el artículo 181 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía impone al alcalde, quien ante una actuación urbanística que se realice, ejecute o desarrolle sin aprobación o licencia *Deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata*



suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos, sin estar supeditado a la existencia de un plan de inspección.

Lo mismo resulta del artículo 182 de dicha ley en relación con las órdenes de restablecimiento y del 37 del reglamento, con el elocuente título de Deber de iniciación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística:

1. La Administración competente tiene el deber de iniciar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística si tiene conocimiento de cualquier acción u omisión que presuntamente vulnere la legalidad urbanística, una vez concluidas, en su caso, las actuaciones previas de averiguación de los hechos.

2. La iniciación se efectuará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos, o por denuncia.

QUINTO.-El apelante se queja de que no se practicara la prueba que propuso en su recurso de reposición, pero esa ausencia está justificada porque la proposición se hizo extemporáneamente, ya que las pruebas han de practicarse en la fase de tramitación del procedimiento, no cuando ya ha concluido. El artículo 118.1, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 dispone:

No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.

La prueba era además innecesaria e impertinente porque la ilegalidad de la obra que el actor ha ejecutado y el consiguiente deber de demolición no depende de que el ayuntamiento haya tramitado todas, parte o ninguna de las denuncias recibidas (por cierto sin identificar la materia a que habrían de referirse).

SEXTO.-El juez a quo valora la documentación que figura en el expediente administrativo y las normas urbanísticas y concluye que la obra no es legalizable y por tanto hay que demolerla.

El apelante considera que eso se ha hecho incorrectamente, pero basta con remitirnos a los extensos fundamentos primero y segundo de la sentencia para concluir que no es así. Hay datos objetivos irrefutables sobre la construcción incompatible palmariamente con la ordenación urbanística y que la sentencia relaciona: la superficie construida es de 220 m² (sobre los 15.601 totales de la parcela); está situada a menos de 1.000 metros de distancia del núcleo urbano del municipio de La Victoria (según foto "Google Earth", aportada con la contestación a la demanda, se halla exactamente a 374,22 metros); entre las dos viviendas, de las parcelas NUM001 y NUM002, median menos de 20 metros; la superficie de la parcela (NUM001, al igual que la NUM002) es inferior a las 2,5 hectáreas o 25.000 m² que las normas exigen; se supera el 0,5% de ocupación de la parcela (sobre 15.601 m², el 0,5% significa 78 m², siendo que la superficie construida es de más de 200 m²); la proximidad de las construcciones entre sí y al núcleo urbano de otro municipio, existiendo una clara posibilidad de formación de un núcleo de población; e incumplir la distancia mínima de 1000 metros del suelo urbano y urbanizable. El juez se remite a una fotografía que evidencia lo anterior y explica por qué no da crédito a la declaración del testigo, relativa a aspectos susceptibles de prueba objetiva.

El Ayuntamiento de San Sebastián de los Ballesteros no regula el suelo de los municipios colindantes al establecer distancias mínimas respecto de cualquier zona urbana porque sólo lo aplica a las construcciones en su término.

SÉPTIMO.-El apelante entiende que el juez a quo y la Administración debieron comprobar si la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, como ley más favorable, permitía la legalización de su obra.

Lo cierto es que el juez lo ha hecho y con argumentos a nuestro juicio irrefutables. Jose Antonio ha vulnerado las normas urbanísticas municipales que el ayuntamiento le ha aplicado y que no se justifican sean contrarias a esa nueva regulación o las derogue.

La sentencia del Tribunal Constitucional 25/2024 ha declarado nulo el uso residencial que permitía el artículo 22 de la ley nueva en el suelo rústico y el demandante olvida que tanto la Administración como el juez a quo han descartado que la construcción sirva a la explotación agrícola, que sigue sin cumplir la superficie mínima y la distancia a linderos que exige el plan.

OCTAVO.-El principio de proporcionalidad no tiene cabida ante actuaciones graves como la que nos ocupa porque constituye un ataque sustancial contra la ordenación urbanística aplicable: construcción sin licencia en suelo rústico para un uso no permitido en parcela que no alcanza la superficie mínima ni la distancia a otras y al suelo urbanizable.



NOVENO.-Lo expuesto nos lleva a desestimar la apelación, con imposición de sus costas al apelante, especialmente justificada porque la sentencia apelada había agotado el debate y bastaría para confirmarla con remitirnos a sus fundamentos. Las limitamos a 1000 euros más lo que resultare por IVA, todo ello de acuerdo con el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

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

FALLAMOS

1º) Desestimamos el recurso de apelación de Jose Antonio y confirmamos íntegramente la sentencia apelada.

2º) Imponemos las costas de esta alzada a Jose Antonio , con el límite del fundamento de derecho último.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella puede haber recurso de casación a interponer ante esta Sala, en el plazo de treinta días siguientes a la notificación, si concurren los requisitos de los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Firme esta, con certificación de la misma para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo a su órgano de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.