



Roj: **STSJ AND 17491/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:17491**

Id Cendoj: **29067330022024100998**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **06/11/2024**

Nº de Recurso: **1003/2023**

Nº de Resolución: **2807/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

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.:2906745020120003713.

Procedimiento: Recurso de Apelación 1003/2023.

De: Narciso , JAUDELES INVERSIONES S.L. y JAUDENES INVERSIONES SLU

Procurador/a:BELEN OJEDA MAUBERT

Contra: Vidal , Lucía , GERENCIA MUNICIAPL DE URBANISMO y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a:MARIA JOSE YOLDI RUIZ, ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO y AURELIA BERBEL CASCALES

SENTENCIA NÚMERO 2807/2024

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADA/O

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 6 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 1003/2023, interpuesto por la Procuradora Sra. Ojeda Maubert, en nombre de JÁUDELES INVERSIONES, S.L. y don Narciso , defendidos por el Letrado Sr. Castillo Adám, contra la sentencia nº 93/2023, de 7 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SIETE de MÁLAGA, al PO 504/2012, compareciendo como parte apelada: la GERENCIA MUNICIPAL DE **URBANISMO**, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS DEL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representada por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y defendida letrado de su Asesoría Jurídica; don Vidal , representado por la Procuradora Sra. De los Ríos Santiago y defendido por la Letrada Sra. Giner Martí, y doña Lucía , representada por la Procuradora Sra. Yoldi Ruiz y defendida por la Letrada Sra. Medialdea Chamorro.

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 SIETE de Málaga dictó la sentencia en el encabezamiento reseñado desestimando el recurso interpuesto por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.-Contra la mencionado sentencia es interpuesto y sustanciado recurso de apelación a 30/06/23, con base a los motivos que se exponen, pidiendo resolución por la que revocando la Sentencia impugnada, estime el presente recurso conexpresa condena en costas a la adversa.

TERCERO.-La Administración apelada presenta escrito el 1/08/23 de impugnación del recurso, pidiendo sentencia por la que se acuerde la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia 93/23 del JCA nº7 de Málaga.

El apelado don Vidal presenta escrito el 1 de septiembre 2023, exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir Sentencia en todo conforme con la dictada por el Juzgado de primera instancia, por sus propios Hechos y Fundamentos de Derecho.

La apelada doña Lucía presenta escrito el 5 de septiembre 2023 alegando cuanto tiene por oportuno para pedir sentencia desestimatoria íntegra del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia 93/23 del JCA 7 de Málaga conforme a los motivos de oposición recogidos en el cuerpo del escrito y en todo conforme con la dictada por el Juzgado de primera instancia, por sus propios Hechos y Fundamentos de Derecho.

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 o prueba, se señaló para votación y fallo, acto que tuvo lugar hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SIETE de Málaga dictó la sentencia nº 93/2023, de 7 de junio, al PO 504/2012, que falla "*DESESTIMO el recurso interpuesto contra las resoluciones dictadas el 11 y el 31 de agosto de 2011 por la GMU del Ayuntamiento de Málaga en el expediente NUM000 , con imposición de las costas a los recurrentes, por mitad, hasta un máximo de seiscientos euros más IVA por honorarios de letrado.*"

El fallo es fundamentado diciendo:

"...PRIMERO.- OBJETO DE ESTA SENTENCIA.

La presente resolución se dicta en cumplimiento de la sentencia de la Sala de lo CA del TSJA (Málaga) nº. 2798/2022, de 27 de junio , que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Narciso y Jáudenes Inversiones, S.L. contra la dictada por este Juzgado con fecha 30 de diciembre de 2019, la anuló en cuanto había inadmitido por extemporáneo el recurso interpuesto frente a las resoluciones dictadas el 11 y el 31 de agosto de 2011 en el eplu NUM000 , ordenando la Sala a este Juzgado que entre a resolver las cuestiones de fondo planteadas.

En definitiva, se trata de examinar la adecuación a derecho de las resoluciones de la GMU dictadas en el eplu NUM000 con 11 y 31 de agosto de 2011 (folios 75 al 84 y 142 a 151PR-A3).

En la demanda se alegaba como motivos del recurso que las obras consistieron en mera reparación o adecuación de la edificación preexistente; que las obras estaban amparadas por una licencia o son en todo caso legalizables; que el expediente se ha sustanciado sin conocimiento ni intervención del propietario del inmueble (Orilla, S.L, luego Jáudenes Inversiones, S.L.); que la Administración ha hecho un uso abusivo de la facultad de reaperturar expedientes caducados; y que que la infracción / acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística habría prescrito / caducado.

Decían también los actores que las órdenes de demolición y restitución fueron publicadas por edictos sin agotar previamente el intento de notificación personal, pero ese motivo ya fue acogido por la Sala como fundamento para revocar el pronunciamiento de inadmisión dictado por este Juzgado, y ordenar una nueva sentencia sobre el fondo.

SEGUNDO.- MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.

A) DESCRIPCIÓN DE LA OBRA.

Mantienen los demandantes que los casetones son tan antiguos como el propio edificio (más de cien años), y que la obra consistió en la mera reparación y adecuación de aquéllos.

Ahora bien, el principio de facilidad de la prueba hace recaer sobre el dueño de la obra la carga de acreditar el estado previo de la edificación, por ejemplo mediante la aportación de fotografías u otro medio análogo, lo que no han hecho los recurrentes, que se han limitado a traer a colación la descripción del inmueble en la escritura



de compraventa ("...piso NUM001 está un poco retranqueado por su fachada a la DIRECCION000 y superficie es de ochenta y dos metros cuadrados útiles en los que se incluyen la superficie de dos azoteas privativas de este piso..."), que nada acredita.

B) LICENCIA DE OBRAS.

Las órdenes de demolición tienen por objeto la ampliación del inmueble por la construcción de dos casetones de 32 m² en cubierta, la ampliación en la NUM001 planta bajo terraza más cercana a fachada de 4 m² y el acondicionamiento de dos terrazas de 10 m² (véanse las fotografías que obran a los folios 2 al 6, 10 al 12, 17 al 26 de las actuaciones previas; y folios 3 al 5 del eplu), mientras que el actor solo obtuvo licencia para obras de mera reforma en los expedientes NUM002 (documento nº 1 aportado con la demanda: alicatado, sustitución sanitarios y fontanería) y NUM003 (a la que alude el informe técnico municipal de 4 de febrero de 2020).

C) IMPUGNACIÓN DE ORILLA, S.L.

La mercantil denuncia que no fue oída en el expediente, con vulneración de lo establecido en el artículo 193 de la LOUA.

Sobre este punto no puedo sino reproducir lo dicho en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de 30 de diciembre de 2019 :

"Este recurso fue interpuesto no solo por D. Narciso , sino también por la mercantil Orilla, S.L, quien alegó ser propietaria de la vivienda donde se realizaron las obras, y que denuncia no haber sido notificada de ninguna actuación del expediente para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Ciertamente, los procedimientos se han dirigido contra D. Narciso , pero la actuación administrativa resulta jurídicamente irreprochable, ya que:

- Desde las actuaciones previas y en los procedimientos caducados, el Sr. Narciso aparece identificado como responsable y promotor de las obras, circunstancia que nunca ha negado;

- La finca fue adquirida por D. Narciso el 10 de agosto de 2007, y aunque la aportó en julio de 2007 a la mercantil Orilla, S.L. (véase la documentación por D.ª Lucía con su contestación), no consta hubiera comunicado ese dato a la Administración hasta la presentación de un escrito el 7 de agosto de 2012 en el expediente de restablecimiento NUM004 (f. 242 a 244), esto es, con posterioridad a que se hubieran dictado las dos órdenes de demolición y la resolución sancionadora;

- En todo caso, D. Narciso no era ajeno a Orilla S.L, sino que ostentaba los cargos de secretario del Consejo de Administración y, desde julio de 2007, consejero delegado, lo que impide alegar con éxito que la mercantil desconociera que la obra había sido objeto de varios expedientes para el restablecimiento de la legalidad urbanística".

D) PRESCRIPCIÓN / CADUCIDAD.

Mantienen los demandantes que las obras quedaron terminadas en el primer trimestre del año 2007, por lo que la infracción y la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística habrían prescrito y caducado, respectivamente, por el trascurso del plazo de cuatro años previsto en los artículos 185 y 211 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía .

Lo que se dice sobre la prescripción de las infracciones no viene al caso, ya que esta sentencia tiene como único objeto la impugnación de dos resoluciones dictadas en el expediente para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Ciertamente, el ejercicio de esa potestad administrativa se encontraba sometido con carácter general a un plazo de caducidad que en esa fecha era de cuatro años, conforme a la redacción originaria del artículo 185 de la LOUA.

Pero el apartado 2 especificaba que esa limitación temporal no regía para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los actos y usos que afecten, entre otros (apartado b) a los "bienes o espacios catalogados", siendo que como informaron repetidamente los técnicos municipales el inmueble sito en la DIRECCION000 estaba incluido en el Catálogo de Edificios Protegidos del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro con el grado de protección arquitectónica I (véase la ficha del inmueble en el catálogo a los folios 27 al 31 de la actuaciones previas), catalogación y protección reforzada que alcanza al inmueble en su conjunto y no solo a la fachada, como mantienen los actores.

E) POSIBILIDAD DE LEGALIZACIÓN.



El acto que se recurre fue dictado en ejercicio de la potestad municipal para el restablecimiento de la legalidad urbanística, cuya normativa reguladora aplicable al supuestos de autos, contenida en los artículos 181 al 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, distingue los supuestos de que las instalaciones fueran o no compatibles con la ordenación vigente, debiendo otorgarse en el primer caso un plazo para la solicitud de la licencia, o acordar su inmediata demolición si las obras fueran manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, si instada la legalización esta hubiera sido denegada, o cuando se haya instado la legalización en el plazo concedido al efecto y de las actuaciones de instrucción realizadas en el procedimiento resulte la improcedencia legal de dicha legalización.

El acuerdo de inicio del expediente (resolución de la GMU de 13 de abril de 2011) concedió audiencia al dueño de la obra, pero no le otorgó plazo para instar su legalización, al considerar que no eran legalizables.

Los técnicos municipales describieron las obras y justificaron su calificación en sendos informes emitidos el 11 de abril de 2011 (f. 1 al 5 del expediente) y el 28 de julio de 2011 (f. 66 al 70), siendo determinante en sus dictámenes la catalogación del inmueble en el PEPRI del Centro con el nivel de protección arquitectónica grado I, que conforme al artículo 17.2 de las Ordenanzas: "comprende los edificios que por su valor arquitectónico, su implantación en la estructura urbana, y las posibilidades de su puesta en buen uso, deben ser protegidos, controlando las actuaciones que sobre ellos se hagan, e impidiendo su desaparición o sustitución", en los que solo cabían las actuaciones de rehabilitación definidas en el artículo 18.3 de la Ordenanza ("...la puesta en buen uso del edificio, manteniendo todas sus características estructurales, tipológicas y ornamentales. Incluye la adaptación al uso previsto, mediante redistribuciones que respeten la localización de patios, zaguanes, escaleras y el resto de su orden tipológico, y cuyo fin sea la mejora de la habitabilidad. Así como la dotación de todo tipo de servicios, con las mismas limitaciones. No incluye la eliminación de estructura alguna, que no sean las estrictamente necesarias para los fines enunciados en el capítulo Restauración o para aquellos puramente higiénicos de ampliación de patios con la misma localización, o en posición análoga con el mismo concepto tipológico. Los elementos portantes y forjados en mal estado deberán ser repuestos en su misma disposición, admitiéndose el empleo de materiales industrializados actuales y no admitiéndose el cambio de sistema portante, ni diafanados, que no vayan dirigidos a la mencionada aclaración histórica y funcional del edificio, potenciando su carácter. No incluye, así mismo, aumentos de superficies edificables respecto al edificio preexistente (salvo en casos muy justificados mediante Estudio de Detalle), ni cambios en la configuración externa, que no sean los de "represtino" enunciados en la "Restauración". El cumplimiento de ordenanzas o, normas higiénicas oficiales, no justificará ninguna actuación rehabilitadora por encima de estos límites, cuya finalidad no es otra que la consideración del edificio como "un todo" a mantener y no únicamente sus características externa")

Más concretamente,

- Sobre los casetones de 32 m² (terminados en diciembre de 2008) dicen los técnicos municipales que suponen un aumento de techo por encima de la altura máxima permitida. - Sobre la pequeña ampliación en la planta NUM001 de unos 4 m² (terminada en diciembre de 2008), argumentan que se trata de un añadido posterior que no se correspondería con la tipología y volumen objeto de protección.

- Y sobre el acondicionamiento de dos terrazas de unos 10 m² con solería y protecciones a base de barandillas metálicas y vidrio (septiembre de 2009), mantienen que vulnera la configuración recogida en el PEPRI Centro para edificaciones con Protección

Arquitectónica I, en este caso con volumen protegido y cubierta inclinada.

En sus alegaciones al acuerdo de inicio del expediente (f. 49 al 58) el Sr. Narciso nada dijo sobre la calificación de las obras como no legalizables, limitándose a alegar sobre la calificación de las infracciones y su eventual prescripción.

Tampoco consta que en ninguno de los expedientes que caducaron el dueño de la obra hubiera instado su legalización.

Solo en esta jurisdicción han aportado, con la demanda presentada el 15 de diciembre de 2016 frente el acto que acordaba imponer la quinta multa coercitiva (¿?), el informe de un arquitecto sobre la posibilidad de legalización de las obras, cuyas conclusiones no pueden prevalecer sobre las de los técnicos municipales, teniendo en cuenta además que no se ha propuesto la ratificación del informe a presencia judicial.

F) PROCEDIMIENTOS CADUCADOS.

La caducidad de un expediente no impide la incoación de otro sobre el mismo objeto mientras no haya caducado la acción, pues así lo disponía el artículo 92.3 de la LRJAP y PAC, y lo declaró la Sala Tercera del Tribunal Supremo

en su sentencia de 12 de junio de 2.003 , dictada en el recurso de casación en interés de la Ley nº. 18/2002, en los siguientes términos:

"...el artículo 92.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre diáfamanamente dispone que la caducidad de un expediente sancionador, no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, así como que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción. Este precepto es categórico y en modo alguno es antagónico al artículo 44.2 de la misma Ley , que se limita a expresar que la caducidad llevará consigo el archivo de las actuaciones, lo que en absoluto pueda entenderse tal archivo, como causa impeditiva de la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, si la infracción no ha prescrito, toda vez que este último precepto remite a los efectos previstos en el artículo 92 cuando se declare la caducidad ordenando el archivo de las actuaciones, y así es reconocido, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001 y 17 de abril de 2002 ...", para terminar proclamando como doctrina legal que "la declaración de caducidad y archivo de las actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92 , no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley .."

Pero la misma Sala ha dicho en su sentencia de 24 de febrero de 2004 que

"...al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones... lo cual, rectamente entendido, comporta:

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (dos), 15 de octubre de 2001 , 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001 .

b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.

d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y

e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad "sanciona" el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste..."

En el caso de autos refiere el actor que por la ejecución de las obras en el inmueble el Ayuntamiento tramitó cuatro expedientes para el restablecimiento de la legalidad urbanística, incoados respectivamente el 30 de octubre de 2006; el 23 de junio de 2008; el 11 de febrero de 2010 y el 13 de abril de 2011, siendo este último el que culminó con las resoluciones ahora impugnadas.

El expediente remitido por la Administración comienza con unas "actuaciones previas" y sigue con el acuerdo de inicio de 13 de abril de 2011, pero no incorpora los expedientes caducados, lo que impide conocer los motivos por los que no fueron culminado en plazo. En cualquier caso, ya se ha dicho que la caducidad de un procedimiento no impide la incoación de otro sobre el mismo objeto, siendo además que la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística no estaba sujeta a plazo; que se constata una evidente dificultad para practicar notificaciones con el dueño de la obra; y que el expediente incoado el 13 de abril de 2011 vino precedido con la emisión de un detallado informe de la arquitecta municipal (folio 1 al 5), que remite a actuaciones e informes anteriores pero alude también a una nueva visita de inspección a la obra, e incorpora nuevas fotografías, por lo que no se advierte ninguna irregularidad ni puede calificarse como abusiva la incoación de un nuevo expediente con base en ese informe."

SEGUNDO



.-La parte apelante, prescindiendo de la inserción de documental gráfica realizada, alega:

- **Error en la valoración de la prueba: infracción de los artículos 217 y 218 de la LEC así como de la jurisprudencia de aplicación y del artículo 24 de la Constitución .**

Nuestro Tribunal Supremo ha venido sosteniendo la clásica jurisprudencia según la cual *"el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado y puede según su libre y prudente arbitrio apreciar las pruebas como considere que en justicia procede, y en tal sentido puede desde luego apoyarse en una prueba que le merezca mayor credibilidad y desatender las demás, según las circunstancias del caso y de los autos que tenga ante sí"*(STS de 29 de abril de 1991, fundamento jurídico segundo).

Por ello, en segunda instancia puede procederse libremente a *"revalorar"* los resultados de la prueba practicada, sin limitarse a corregir errores manifiestos o valoraciones ilógicas, absurdas o irracionales de los jueces de instancia.

Es claro, que la valoración probatoria solo puede revisarse por el cauce adecuado, bien acreditando la existencia de un error patente o arbitrariedad en dicha valoración (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), o bien por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005), por cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, 30 de junio de 2009, 6 de noviembre de 2009).

Pues bien, aplicando la citada doctrina, se evidencia que en el presente supuesto **se ha incurrido en un manifiesto error en la apreciación de la prueba**, y ello porque el juez a quo en el Fundamento Segundo de la Sentencia objeto del presente recurso, procede a desestimar los motivos alegados por esta parte para que se declararan nulos los actos administrativos impugnados, esto es:

1.- Respecto a la OBRA realizada. No estima la Sentencia recurrida la preexistencia de los casetones en la planta ático alegada por esta parte, y contenida en la propia escritura de compraventa, por entender que en aplicación del principio de facilidad probatoria deberíamos haber aportado fotografías que así lo acreditaran, siendo insuficiente dicha descripción.

A este respecto, se acredito con nuestro escrito de demanda que no cabía imputársele a mi mandante la autoría de la construcción de sendos casetones en planta NUM001 , cuando esos elementos se hayan construidos desde la misma fecha en que se construyó el resto del edificio, pues la misma escritura de compraventa que se adjuntó como documento nº 2 describe el edificio de planta baja y cuatro altas, describiendo la planta NUM001 como *"piso NUM001 está un poco retranqueado por su fachada a la DIRECCION000 y superficie es de ochenta y dos metros cuadrados útiles en los que se incluyen la superficie de dos azoteas privativas de este piso"*.

Por lo que la preexistencia de los casetones evidencia la realidad de la obra realizada por mi mandante en ellos, que era de mera reparación, y no de nueva construcción.

Por ello, las obras realizadas estaban amparadas en la licencia de obra menor NUM002 y NUM003 .

2.- Prescripción. La acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística ejercitada por el Ayuntamiento de Málaga **estaba prescrita**, dado que, finalizadas las obras en el primer trimestre del año 2007, había transcurrido el plazo de cuatro años contenido en el artículo 185 de la Ley de 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, pues el primer expediente, declarado caducado no se incoo hasta fecha 30 de octubre de 2006, el segundo en fecha 23 de junio de 2008 (también caducado), el tercero en fecha 11 de febrero de 2010 (declarado caducado también), y el que es objeto de enjuiciamiento en fecha 13 de abril de 2011.

Y no tiene cabida la afirmación contenida en la Sentencia recurrida que sostiene que no estaría prescrita ni caducada dicha acción de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado por cuanto al tratarse el inmueble en cuestión, sito en DIRECCION000 , de un Edificio protegido incluido en el Catalogo de Edificios Protegidos del Plan Especial de Protección y Reforma interior del Centro con el grado de protección arquitectónica I, le sería de aplicación el artículo 185. 2 b) de la LOUA, que dispone que no rige dicha limitación temporal de cuatro años respecto de los actos y usos que afecten a los bienes o espacios catalogados.

Pues bien esta parte no niega que nos encontremos ante un inmueble con el grado de protección arquitectónica I, lo que si niega, tal y como sostuvimos en la demanda, es que dicha protección afecte a todo el edificio, y por lo tanto no nos encontraríamos ante un bien catalogado al que le sea de aplicación el artículo 185.2 b) de la LOUA. Y ello por las siguientes razones:



a) La protección que afecta al edificio sito en DIRECCION000 , tal y como consta en los folios 27 a 32 de las "actuaciones previas" es una protección que afecta únicamente a su fachada, y no al resto del edificio. Así, la página 28, en el epígrafe "elementos de interés" se señala tan solo la fachada, portada, cierros y carpintería, y en la página 31, se realizan las siguientes observaciones "*dado el valor arquitectónico del edificio por lo menos en cuanto a su fachada*". Es innegable que la fachada del edificio goza de especial protección, pero no así el forjado de entreplanta, donde ha actuado mi mandante.

b) Es decir, que lo que pretende la protección grado I que afecta al edificio objeto de litis es que se controlen las actuaciones sobre ellos y que se impida su desaparición o sustitución, pretensión que a todas luces se cumple en el presente caso, pues las actuaciones llevadas a cabo, y aquí enjuiciadas, NO afectan a la fachada por lo que se ha respetado la protección impuesta.

Y ello se pone de relieve con las siguientes fotografías en la que se puede observar que la fachada del edificio se ha mantenido igual a lo largo de los años, pues la primera es la fotografía del catálogo y la segunda es del edificio en la actualidad.

(...)

c) Según se desprende del informe pericial aportado por esta parte, el Nivel "Nivel de "Protección Arquitectónica Grado I)" que "*comprende los edificios que, por su valor arquitectónico, su implantación en la estructura urbana, y las posibilidades de su puesta en buen uso, deben ser protegidos, controlando las actuaciones que sobre ellos se hagan, e impidiendo su desaparición o sustitución*" y en el que conforme al art. 12.3.3 del PGOU de Málaga vigente, solo se permiten obras de "*rehabilitación*", y en concreto:

"3. Rehabilitación. La actuación así definida tendrá por objeto la puesta en buen uso del edificio, manteniendo todas sus características estructurales, tipológicas y ornamentales.

Incluye la adaptación al uso previsto, mediante redistribuciones que respeten la localización de patios, zaguanes, escaleras y el resto de su orden tipológico, y cuyo fin sea la mejora de la habitabilidad. Así como la dotación de todo tipo de servicios, con las mismas limitaciones.

No incluye la eliminación de estructura alguna, que no sean las estrictamente necesarias para los fines enunciados en el capítulo Restauración o para aquellos puramente higiénicos de ampliación de patios con la misma localización, o en posición analógica con el mismo concepto tipológico.

Los elementos portantes y forjados en mal estado deberán ser repuestos en su misma disposición, admitiéndose el empleo de materiales industrializados actuales y no admitiéndose el cambio de sistema portante, ni diafanados, que no vayan dirigidos a la mencionada aclaración histórica y funcional del edificio, potenciando su carácter".

d) Siendo relevantes las conclusiones contenidas en el citado informe pericial consistentes en:

La ampliación realizada para los casetones de acceso a cubierta va encaminada a la mejora funcional del edificio, pues permite el uso y disfrute de las cubiertas, algo que sería muy complicado sin su existencia.

A añadir, la superficie de los casetones de acceso a cubierta no computa como superficie construida según los parámetros establecidos en el PGOU de Málaga, por lo que no suponen aumento de superficie construida del edificio.

Recordemos que en las actuaciones establecidas para la rehabilitación se indicaba que:

La actuación así definida tendrá por objeto la puesta en buen uso del edificio, manteniendo todas sus características estructurales, tipológicas y ornamentales.

Incluye la adaptación al uso previsto, mediante redistribuciones que respeten la localización de patios, zaguanes, escaleras y el resto de su orden tipológico, y cuyo fin sea la mejora de la habitabilidad. Así como la dotación de todo tipo de servicios, con las mismas limitaciones.

Estos casetones han supuesto una reducción en la superficie vista de medianería con el edificio colindante, que es varias plantas más alto que el nuestro, situación que está reglada tanto en el PGOU, el cual establece que: "*Las medianerías existentes como consecuencia de las diferencias de alturas con los edificios colindantes, deberán ser tratadas con sujeción a un Proyecto específico para cada caso. La ejecución de dicho Proyecto correrá a cargo de la propiedad; como en el PEPRI, donde se estipula, además de lo indicado por el PGOU, que se podrán realizar aumentos de superficie (aunque ya se ha aclarado que en nuestro caso no es así por no computar los casetones), así como ampliaciones en circunstancias concretas mediante la redacción de Estudio de Detalle que justifique la propuesta.*



Dado que en nuestro caso nos encontramos ante un edificio encajonado entre otros dos más altos, lo que deja las medianerías vistas, y que el aumento volumétrico, que no en superficie construida, se ha realizado en aras de la mejora con las medianerías colindantes, es lógico pensar que la redacción de un Estudio de Detalle sea la solución planteada para la legalización de los casetones, aunque la aprobación del mismo es potestativa del Ayuntamiento del municipio.

Por tanto, se plantea de una manera sólida la posible legalización de las obras ejecutadas a través de la redacción de un Estudio de Detalle que valore todo lo argumentado, siendo en última instancia la valoración de este documento la que de luz a la regularización de las actuaciones realizadas. Y no podemos olvidar, finalmente que la realidad de la superficie del inmueble venía reflejada correctamente en el catastro, siendo que se vienen girando los recibos de IBI en base a esos metros que ahora el ayuntamiento dice que no existen.

Por lo expuesto, quedó acreditado que había prescrito la acción de restablecimiento ejercitada por la Administración, al no serle de aplicación el artículo 185.2 de la LOUA, y que ha sido objeto del presente procedimiento.

3.- Infracción del artículo 193 de la LOUA respecto a la recurrente Orilla S.L.

No niega la Administración en ningún momento, que el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística (incluyendo las ordenes de demolición dictadas) se dirigió únicamente frente a d. Narciso, sin que se practicara notificación alguna en el seno de dicho procedimiento a la citada mercantil, que era la propietaria del inmueble desde julio de 2007, vulnerándose de esta manera lo contenido en el citado artículo 193 de la LOUA, y causando una grave indefensión a dicha mercantil titular del bien objeto del procedimiento de restablecimiento, que no fue oída ni pudo ejercitar las alegaciones pertinentes en vía administrativa en defensa de sus intereses.

Y no procede que la Administración impute la responsabilidad de dicho proceder a mi mandante por no haber comunicado la aportación del inmueble a la mercantil Orilla S.L., por cuanto la Administración era plenamente consciente de ello pues se abonaron los impuestos correspondientes con dicha operación, como era el impuesto sobre plusvalía municipal, del que si tuvo conocimiento por lo tanto dicha Administración.

Este proceder en vía administrativa determina la NULIDAD de todo lo actuado, en aplicación de lo contenido en el artículo 62 de la Ley 30/1992 (actual 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) por vulneración de los artículos 193 de la LOUA así como del artículo 59 de la citada Ley 30/1992, por cuanto ninguna notificación se practicó a dicha mercantil.

4.- Derecho a instar la legalización de la obra enjuiciada. Tal y como se exponía en nuestro escrito de demanda, en el documento nº 12 que acompañaba a la misma consistente en informe del técnico municipal de fecha 4 de febrero de 2012, se contemplaba la posibilidad de ampliación que se denominaría "reubicación del techo consumido", al disponer que; *"no se permite ampliación alguna, salvo la hipotética posibilidad aplicable a edificios cuyo aprovechamiento se encuentre agotado y que por razones de composición o por diferencia de altura con edificios colindantes pudieran localizar parte del techo existente por encima de la altura máxima, pero siempre con una propuesta previa suficientemente justificada de un Estudio de Detalle, que se aprobaría con anterioridad a la licencia y que supondría una reubicación del techo consumido, nunca una ampliación"*.

Igualmente, dicha legalización de la obra estaba contemplada en el artículo 19 del PEPRU CENTRO PGOU-Málaga.

"No obstante, en los niveles de Protección Arquitectónica I y Arquitectónica II, en casos excepcionales debidamente justificados, podrán autorizarse obras interiores puntuales de mayor alcance, previa propuesta del interesado informada favorablemente por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía; siempre que la actuación pretendida no afecte a elementos de valor del edificio."

5.- Caducidad de los tres expedientes previos de restablecimiento de la legalidad urbanística incoado frente al recurrente. Dicho actuar supone un abuso de derecho, por cuanto la Administración ha incoado cuatro expedientes de restablecimiento de la legalidad urbanística (año 2006, 2008, 2010 y 2011) dado que los tres primeros caducaron, siendo el último el que finalizó con la orden de demolición objeto de impugnación.

En este sentido, el artículo 7.2 del Código Civil dispone que *"La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"*.

Interesa traer a colación, lo contenido en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 21 de marzo de 1985; *"que para la declaración de existencia abuso de derecho ... el acto u omisión ha de sobrepasar*



manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero; y esto ha de producirse o bien por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice".

Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 17/2019, de 14 de febrero de 2019, "hemos dicho en nuestra STS. 5ª, 136/2016; de 10 de noviembre que "la declaración de caducidad de un expediente es expresiva de la ineficacia de la Administración y ya que se admite que ésta vuelva a iniciar el expediente, -lo que se acerca peligrosamente a la violación del principio non bis in idem en su vertiente procesal, esto es, la prohibición de someter dos veces a persecución a la misma persona por los mismos hechos".

Igualmente señalar la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 7 de octubre de 2000 que sanciona con la nulidad la incoación de un procedimiento de comprobación de valores reiteradamente caducada y vuelto a incoar.

Y todo ello, teniendo en cuenta la jurisprudencia que sostiene el derecho de la Administración a declarar su caducidad al mismo tiempo que ordenan su nueva incoación, mas este derecho, como todos, debe tener un límite, que sin duda es que esa posibilidad, excepcional pues recordemos que presupone que la Administración no ha sido diligente en la tramitación del expediente en el plazo marcado por la Ley, decimos, que esa posibilidad excepcional no pueda repetirse una y otra vez hasta que la Administración acierte a cumplir los plazos legales. Y en este supuesto, procedió a la incoación de hasta cuatro expedientes, previa caducidad de los tres anteriores.

A mayor abundamiento, ya hemos señalado previamente que dado que el primer expediente se incoo en fecha 10 de julio de 2006 y este último en fecha 13 de abril de 2011, es claro que había prescrito el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de la acción de restablecimiento, y ello, en aplicación de lo contenido en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992.

- Necesidad de motivación de la sentencia impugnada.

A este respecto, el art. 218.2 de la LEC dispone que *"las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos... que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas... deberá incidir en los distintos elementos fácticos... del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón".* Esto implica la exigencia de que la valoración de cada medio de prueba esté motivada, esto es, que el juzgador exprese la razón de por qué ha realizado la apreciación en el modo que lo ha hecho, haciendo constar las razones por las que se realiza la fijación fáctica, pues lo contrario causa indefensión.

Así, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha aplicado también esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003 , entre muchas otras). Se reitera más recientemente la anterior argumentación en Sentencia de 18 de junio de 2014.

Señalar lo contenido en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo 171/2018, de 23 de marzo, que dispone:

«Una de las exigencias que contiene el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las sentencias, constituyendo requisito procesal de ellas y no dirigida a garantizar el acierto de las mismas, es la necesidad de motivación de aquellas; de forma que se dé una respuesta a las partes ajustada a lo debatido en el proceso, explicando el sentido de la resolución, debiendo llamar la atención que, en ocasiones, se suele alegar falta de motivación cuando en realidad esta existe pero no es aceptada por la parte que se ve perjudicada.

Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2009 la motivación es una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 de la Constitución Española .

Este deber es jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la racionalidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS de 14 de abril de 1999).

La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, PERO SÍ DEBE ESTAR ARGUMENTADA EN DERECHO, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber ni entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el artículo 1.7 del Código Civil , lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el artículo 117.1 Constitución Española .

*Esta Sala ha aplicado también esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada **interpretación** del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el*



efectivo ejercicio de los recursos (entre otras Sentencias del TS de 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003 , entre muchas otras). Se reitera más recientemente la anterior argumentación en STS de 18 de junio de 2014."

Es también doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva exige, para su satisfacción, una respuesta jurídica fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quién acude ante ellos para la defensa de sus intereses; constatándose la vulneración de este derecho fundamental cuando, por ejemplo, obteniendo respuesta, el titular de ese derecho, ésta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario, pues el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos y ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamenten la decisión; en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería en todo caso una mera apariencia

Igualmente conviene traer a colación lo contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2006 *que declaró la nulidad de la sentencia dado que "la estructura lógica del razonamiento o juicio sobre la prueba es débil", "no excluye la duda razonable de un resultado valorativo diferente", y el Tribunal se abstuvo de precisar las razones -más allá de su mera afirmación- por las que se inclina por una de las alternativas que ofrece la prueba".*

Así, el Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, y 211/2009, de 26 de noviembre, se destacó que *"concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración".*

Siendo dicha doctrina de aplicación al presente supuesto, y por tanto, sustentadora del error en que se incurre en la Sentencia recurrida al desestimar las alegaciones contenidas en la demanda interpuesta respecto a los defectos en que incurre el expediente administrativo objeto de enjuiciamiento y que determinan la NULIDAD del mismo.

TERCERO.-La Administración apelada opone:

- Los argumentos de la Sentencia son impecables, perfectamente razonados, con base en la normativa y la doctrina jurisprudencial aplicable y las pruebas practicadas.

En dicha resolución judicial lo que se hace es examinar la adecuación a derecho de los dos actos administrativos dictados en el expediente NUM000 con fecha 11 y 31 de agosto de 2011 (folios 75 al 84 y 142 a 151PR-A3), en cumplimiento de la sentencia de esa Sala de lo CA del TSJA (Málaga) nº. 2798/2022, de 27 de junio, que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Narciso y Jáudenes Inversiones, S.L. contra la dictada por ese Juzgado con fecha 30 de diciembre de 2019, la anuló en cuanto había inadmitido por extemporáneo el recurso interpuesto frente a las resoluciones dictadas el 11 y el 31 de agosto de 2011, ordenando a dicho Juzgado que entrase a resolver las cuestiones de fondo planteadas.

En sendas resoluciones se ordenó a D. Narciso , como titular de la obra sin licencia, la demolición de dos casetones de 32 m2 en cubierta, una pequeña ampliación de 4 m2 en la NUM001 planta y la restitución de unas terrazas de 10 m2 a su estado original., todo ello en el ático de un edificio sito en la DIRECCION000 , en pleno centro histórico, y con la calificación de Protección Arquitectónica nº 1.

- El recurrente lo que pretende es una revisión de la Sentencia invocando la infracción de los artículos 217 y 218 de la LEC y art. 24 CE, pero sin que ninguno de los argumentos planteados tenga consistencia jurídica. Lo que hace es reproducir íntegramente los razonamientos que se contienen en la demanda y que ya fueron objeto de desestimación expresa.

- Si hacemos un análisis de todos los argumentos expuestos en el escrito del recurso, se puede comprobar que no solo están perfectamente contestados en la Sentencia, sino que además ya fueron rebatidos por las demandadas. A saber:

1.-Respecto a la preexistencia de los casetones en la planta ático, dice la Sentencia... *Mantiene los demandantes que los casetones son tan antiguos como el propio edificio (más de cien años), y que la obra*



consistió en la mera reparación y adecuación de aquéllos. Ahora bien, el principio de facilidad de la prueba hace recaer sobre el dueño de la obra la carga de acreditar el estado previo de la edificación, por ejemplo mediante la aportación de fotografías u otro medio análogo, lo que no han hecho los recurrentes, que se han limitado a traer a colación la descripción del inmueble en la escritura de compraventa ("...piso NUM001 está un poco retranqueado por su fachada a la DIRECCION000 y superficie es de ochenta y dos metros cuadrados útiles en los que se incluyen la superficie de dos azoteas privativas de este piso..."), que nada acredita.

Es decir, los demandantes ni en vía administrativa ni en vía judicial han sido capaces de probar la preexistencia de los casetones, aún teniendo ellos la carga de la prueba, pues como señala el Tribunal Supremo (Sala de lo ContenciosoAdministrativo, Sección 5a), Sentencia de 21 febrero 2000, RJ 2000\3636, la "prescripción" debe ser probada por quien la aduce. Y en concreto, la carga de la prueba de la finalización total de la obra, está impuesta por la Ley a quienes la invocan, y ya había sido señalado reiteradamente por la jurisprudencia que debían soportarla en tanto que el principio de la buena fe en su vertiente procesal - artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) - , impide que quienes han creado una situación de ilegalidad puedan obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad -en ese sentido, por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2001), 24 de noviembre de 1994 (RJ 1994,8647) y 3 de mayo de 1995-. Ello, como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1.991 (RJ 1991, 4865) independientemente de que prueba que las obras se patentizasen antes de tales tiempos ya que en este aspecto no rigen los artículos 230 y 92, sino el 185 que hemos examinado, desarrollado en los artículos 31 y 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RCL 1978, 1986).

Además de ello, según el informe técnico municipal emitido con fecha 11 de abril de 2011 que propuso la incoación del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado que nos ocupa (que constituye la prueba más concluyente, objetiva e imparcial) acredita con ortofotos que las obras consistentes en las ampliaciones de 32 m² y 4 m², finalizaron en diciembre de 2008, el y acondicionamiento de las terrazas de superficie aproximada de 10 m², concluyeron en septiembre de 2009. (folios 1 a 5 PR-A3).

2.-En cuanto al plazo para poder actuar por parte de la Administración, en la Sentencia se explica claramente que la limitación temporal no regía para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los actos y usos que afecten, entre otros (apartado b) a los "bienes o espacios catalogados", siendo que como informaron repetidamente los técnicos municipales el inmueble sito en la DIRECCION000 estaba incluido en el Catálogo de Edificios Protegidos del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro con el grado de protección arquitectónica I (véase la ficha del inmueble en el catálogo a los folios 27 al 31 de las actuaciones previas), catalogación y protección reforzada que alcanza al inmueble en su conjunto y no solo a la fachada, como mantienen los actores.

Pero además, no hay más que ver los antecedentes del expediente para determinar que estábamos ante un supuesto de una actividad continuada que se ha llevado a cabo en un edificio catalogado con Protección Arquitectónica en Grado I (no es una cuestión controvertida) donde el planeamiento exige que se respete la configuración del edificio en su integridad, toda vez que la actuación máxima permitida en el planeamiento es la rehabilitación, no se puede demoler nada, ni por supuesto alterar la morfología del edificio, ya que la protección se realiza sobre su conjunto. No siendo cierto, por tanto, que el único elemento protegido sea la fachada como afirma el demandante.

Partiendo, pues, de esa base, la Administración tenía la obligación de reaccionar y tramitar el procedimiento previsto para reponer la realidad física alterada hasta llegar a sus últimas consecuencias, la demolición, sin que hubiera un límite temporal para ello, como expresamente dictamina el art. 185.2 B) a) de la LOUA para los Bienes o Espacios catalogados.

3.- En cuanto a la posibilidad de legalización, durante el procedimiento de restablecimiento de la legalidad ya se dieron los argumentos técnicos que motivan la imposibilidad de conceder licencias para lo construido, en tanto que es manifiestamente incompatible con el planeamiento y así lo describe la Sentencia, sin que el demandante haya sido capaz de dar argumentos para desvirtuarlo. La Sentencia dice así:

Sobre los casetones de 32 m² (terminados en diciembre de 2008) dicen los técnicos municipales que suponen un aumento de techo por encima de la altura máxima permitida. - Sobre la pequeña ampliación en la planta NUM001 de unos 4 m² (terminada en diciembre de 2008), argumentan que se trata de un añadido posterior que no se correspondería con la tipología y volumen objeto de protección. - Y sobre el acondicionamiento de dos terrazas de unos 10 m² con solería y protecciones a base de barandillas metálicas y vidrio (septiembre de 2009), mantienen que vulnera la configuración recogida en el PEPRI Centro para edificaciones con Protección Arquitectónica I, en este caso con volumen protegido y cubierta inclinada.

La incompatibilidad es manifiesta, tanto en la normativa del P.G.O.U de 1997 vigente en el momento de la ejecución de las obras como en el PGOU de 2011, actualmente en vigor. A saber:



*Según la normativa del P.G.O.U de 1997 en los inmuebles con protección arquitectónica I, del PEPRÍ Centro la actuación máxima permitida es la rehabilitación del edificio, manteniendo todas sus características estructurales, tipológicas y ornamentales. Ello no incluye la eliminación de estructura alguna, ni aumento de superficies edificables respecto al edificio preexistente ni cambios en la configuración externa, según el art. 17.2, art.18.3 y art. 19 de las Ordenanzas del PEPRÍ CENTRO.

*En el P.G.O.U aprobado en el 2011 actualmente en vigor, la protección arquitectónica en grado 1 tiene unas condiciones urbanísticas aún más estrictas, pues en el art. 12.3.2,3 y 10 para las edificaciones que tienen un Nivel de "Protección Arquitectónica (Grado I)" que requieren un control de las actuaciones que sobre ellos se hagan impidiendo su desaparición o sustitución., únicamente se permite la rehabilitación, que implica "Mantener todas sus características estructurales, tipológicas y ornamentales y la consideración del edificio como "un todo" a mantener y no únicamente sus características externas."

La edificabilidad y aprovechamiento máximo de estas parcelas es, pues, la del edificio existente que se protege, con independencia de su calificación u ordenanza de aplicación, cuyos parámetros solo tendrán el carácter de máximos en cuanto al índice de edificabilidad, ocupación o altura, o de mínimos en el caso de las separaciones a linderos o entre edificaciones. "

En cuanto a la posible legalización de los casetones de cubierta mediante un Estudio de Detalle, es inaplicable en este inmueble, pues cuenta con una superficie construida por planta muy pequeña, que imposibilita la introducción de un patio de dimensiones similares a la ampliación.

4.- Respecto a la infracción del art.193 de la LOUA, tenemos que volver a aclarar que no estamos ante un procedimiento sancionador, si no ante un procedimiento de restablecimiento de la legalidad, por lo que la invocación de dicho art. no tiene cabida.

En cualquier caso, tanto uno como otro se han dirigido contra los responsables de la obra y obligados a reponer la legalidad, sin que se haya causado indefensión alguna, pues D. Narciso como Consejero Delegado de la entidad Orilla es su representante y en consecuencia el que debía llevar a cabo las actuaciones necesarias para demoler; todo ello sin perjuicio de que no puede alegar la nulidad de un acto aquel que hubiera sido el causante de ello.

La Sentencia es muy clara al exponer:

Ciertamente, los procedimientos se han dirigido contra D. Narciso , pero la actuación administrativa resulta jurídicamente irreprochable, ya que: - Desde las actuaciones previas y en los procedimientos caducados, el Sr. Narciso aparece identificado como responsable y promotor de las obras, circunstancia que nunca ha negado;

La finca fue adquirida por D. Narciso el 10 de agosto de 2007, y aunque la aportó en julio de 2007 a la mercantil Orilla, S.L. (véase la documentación por D.ª Lucía con su contestación), no consta hubiera comunicado ese dato a la Administración hasta la presentación de un escrito el 7 de agosto de 2012 en el expediente de restablecimiento NUM004 (f. 242 a 244), esto es, con posterioridad a que se hubieran dictado las dos órdenes de demolición y la resolución sancionadora; - En todo caso, D. Narciso no era ajeno a Orilla S.L, sino que ostentaba los cargos de secretario del Consejo de Administración y, desde julio de 2007, consejero delegado, lo que impide alegar con éxito que la mercantil desconociera que la obra había sido objeto de varios expedientes para el restablecimiento de la legalidad urbanística".

5.- También vuelve a repetir la alegación relativa a la caducidad de los procedimientos anteriores, invocando Sentencias que no vienen en absoluto la caso. Sin embargo, en la Sentencia se explica y motiva perfectamente porque dicha cuestión debe ser rechazada:

La caducidad de un expediente no impide la incoación de otro sobre el mismo objeto mientras no haya caducado la acción, pues así lo disponía el artículo 92.3 de la LRJAP y PAC, y lo declaró la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 2.003 , dictada en el recurso de casación en interés de la Ley nº. 18/2002.

CUARTO.-El apelado don Vidal opone

- Que, evacuando el trámite trasladado en la Diligencia de Ordenación de 12 de julio de 2023, notificada el 14 del mismo mes y año, por medio del presente escrito venimos en oponernos al recurso de apelación interpuesto de contrario.

QUINTO.-La apelada doña Lucía , prescindiendo de la documental gráfica insertada, opone:

- Los hechos y los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia son correctos, claros y precisos de conformidad con la prueba practicada. no existe error en la valoración de la prueba.



Tal y como indica la letrada de la GMU en su oposición al recurso, se examina la adecuación a derecho de los dos actos administrativos dictados en el expediente NUM000 con fecha 11 y 31 de agosto de 2011 (folios 75 al 84 y 142 a 151 PR-A3), en cumplimiento de la sentencia de esa Sala de lo CA del TSJA (Málaga) 2798/2022, de 27 de junio, que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Narciso y Jaudenes Inversiones, S.L. contra la dictada por ese Juzgado con fecha 30 de diciembre de 2019, la anuló en cuanto había inadmitido por extemporáneo el recurso interpuesto frente a las resoluciones dictadas el 11 y el 31 de agosto de 2011, ordenando a dicho Juzgado que entrase a resolver las cuestiones de fondo planteadas.

Dichas resoluciones ordenaban a D. Narciso, como titular de las obras, a la demolición de dos casetones de 32 m² en cubierta, una pequeña ampliación de 4 m² en la NUM001 planta y la restitución de unas terrazas de 10 m² a su estado original, en el edificio sito en la DIRECCION000, en el PEPRI CENTRO y en un edificio catalogado y con Protección

Arquitectónica I.

Para una mejor sistemática se indica la oposición a los correlativos.

1.- RESPECTO A LAS OBRAS REALIZADAS.-

La abundante prueba documental aportada por la GMU así como por la que suscribe, en el expediente administrativo en los autos del recurso contencioso administrativo 504/2012 como en las Piezas Separadas de Medida Cautelar, es contundente acerca del alcance de la obra realizada por D. Narciso.

Vuelve el recurrente, con el burdo intento de despistar al Juzgador de segunda instancia, a manifestar que los casetones tienen más de cien años cuando se ve perfectamente el antes y el después de la obra realizadas en la documental número 6 de la contestación a la demanda de la que suscribe, así como en abundante documentación que obra en autos.

Así mismo, en su afán de tergiversar equipara "azotea" a "casetón" cuando se refiere a la descripción que consta en la escritura de compraventa. Para una mejor comprensión del devenir de las obras se insertan las imágenes que constan en el expediente administrativo o en los autos.

(...). (...)

Estado anterior. Ejecución de los casetones.

En el informe técnico de fecha 27 de octubre de 2006 al folio 1 de la ampliación del expediente administrativo NUM000 Restablecimiento PR-A1 consistentes en *"construcción de nueva planta sobre la construcción de cubierta ligera existente en la terraza del inmueble, habiendo sido demolida la cubierta de dicha construcción y encontrándose construyendo un nuevo forjado con una superficie de 10 por 5 metros y dos casetones sobre el nuevo forjado, uno de 6 por 3 metros con cuarto de baño y hueco de escaleras para acceder al mismo desde la planta inferior y otro casetón de 4 por 3 metros además de una cubierta de 2 por 3 metros entre los dos casetones"*.

Este informe técnico, así como el resto de los informes técnicos emitidos por la Administración gozan de presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos, lo cual no ha ocurrido en el recurso que nos ocupa.

Así mismo hay que mencionar que en fecha marzo de 2021 se procedió a la demolición de los casetones y el restablecimiento de las terrazas a su estado inicial tal y como se puede apreciar por las fotos que se adjuntan.

(...). (...)

Casetones y terrazas ejecutados. Demolición de los casetones. Mes de marzo 21

(...)

Estado actual.

2.- Respecto a la prescripción y a la protección arquitectónica.

El recurrente crea confusión, argumentando la prescripción, en lugar de caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida. Como bien apunta la letrada municipal en su oposición, la sentencia apelada indica que la limitación temporal no regía para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los actos y usos que afecten, entre otros (apartado b) a los "bienes o espacios catalogados", siendo que como informaron repetidamente los técnicos municipales el inmueble sito en la DIRECCION000 estaba incluido en el Catálogo de Edificios Protegidos del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro con el grado de protección arquitectónica I (véase la ficha del inmueble en el catálogo a los folios 27 al 31 de las actuaciones previas),



catalogación y protección reforzada que alcanza al inmueble en su conjunto y no solo a la fachada, como mantiene la parte recurrente.

Pero además, no hay más que ver los antecedentes del expediente para determinar que estábamos ante un supuesto de una actividad continuada que se ha llevado a cabo en un edificio catalogado con Protección Arquitectónica en Grado I (no es una cuestión controvertida) donde el planeamiento exige que se respete la configuración del edificio en su integridad, toda vez que la actuación máxima permitida en el planeamiento es la rehabilitación, no se puede demoler nada, ni por supuesto alterar la morfología del edificio, ya que la protección se realiza sobre su conjunto. No siendo cierto, por tanto, que el único elemento protegido sea la fachada como afirma el demandante. Partiendo, pues, de esa base, la Administración tenía la obligación de reaccionar y tramitar el procedimiento previsto para reponer la realidad física alterada hasta llegar a sus últimas consecuencias, la demolición, sin que hubiera un límite temporal para ello, como expresamente dictamina el art. 185.2 B) a) de la LOUA para los Bienes o Espacios catalogados.

No existe caducidad de la acción de restablecimiento. se trata de un edificio con protección arquitectónica. que se encuentra en el catalogo de edificios protegidos del PEPRI CENTRO DEL PGOU de Málaga. art. 185.2 B b) de la LOUA.

3.- RESPECTO DE LA MERCANTIL ORILLA.

La sentencia es clara respecto de este punto. *"Ciertamente, los procedimientos se han dirigido contra D. Narciso , pero la actuación administrativa resulta jurídicamente irreprochable, ya que: - Desde las actuaciones previas y en los procedimientos caducados, el Sr. Narciso aparece identificado como responsable y promotor de las obras, circunstancia que nunca ha negado; La finca fue adquirida por D. Narciso el 10 de agosto de 2006, y aunque la aportó en julio de 2007 a la mercantil Orilla, S.L. (véase la documentación por D.ª Lucía con su contestación), no consta hubiera comunicado ese dato a la Administración hasta la presentación de un escrito el 7 de agosto de 2012 en el expediente de restablecimiento NUM004 (f. 242 a 244), esto es, con posterioridad a que se hubieran dictado las dos órdenes de demolición y la resolución sancionadora; - En todo caso, D. Narciso no era ajeno a Orilla S.L, sino que ostentaba los cargos de secretario del Consejo de Administración y, desde julio de 2007, consejero delegado, lo que impide alegar con éxito que la mercantil desconociera que la obra había sido objeto de varios expedientes para el restablecimiento de la legalidad urbanística"*

Que posteriormente, también se ha tenido noticia de la escisión de la sociedad gracias a la aportación de la documental por esta parte, ahora JAUDENES INVERSIONES, S.L. es la que ostenta la propiedad del inmueble.

De conformidad con el artículo 38 del RDU, las medidas de protección de la legalidad urbanística tienen carácter real y alcanzan a terceros adquirentes de los inmuebles objetos de tales medidas, dada su condición de subrogados por Ley en las responsabilidades contraídas por el causante de la ilegalidad urbanística.

4. RESPECTO A LA LEGALIZACIÓN.

Hay una imposibilidad material, a día de hoy, de solicitar la legalización respecto de lo construido, porque en la actualidad se encuentra demolido desde marzo de 2021. Es más, la hipotética legalización que se menciona hubiera sido manifiestamente incompatible con el planeamiento vigente así como con la protección arquitectónica del edificio que establece la normativa del PEPRI CENTRO al tiempo de la realización de las obras realizadas sin licencia y sin proyecto técnico.

Cabe concluir de todo lo expuesto que la parte recurrente lo que pretende es una revisión de la sentencia invocando la infracción de los artículos 217 y 218 de la LEC y art. 24 CE, pero sin que ninguno de los argumentos planteados tenga consistencia jurídica. Reproduce íntegramente los razonamientos que se contienen en la demanda y que ya fueron objeto de desestimación expresa.

- La sentencia que se impugna está perfectamente motivada otra cosa es que no satisfaga su contenido a la parte recurrente.

SEXTO.-Conforme al artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia de acuerdo con los motivos impugnatorios que se articulan en el mismo, lo que hace que los Tribunales de segunda instancia limiten el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia.

En este sentido, el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso, señaló en varias ocasiones que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable, lo que hace que este Tribunal de segunda



instancia limite el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia. Así la STS del 15 de julio de 2009, Recurso: 1308/1988, FD 2º, o la STS 4595/2014 de 7/11/2014 , REC 3504/2012, o la STS 20/2021, de 18 de enero de 2021, Recurso: 1832/2019, al FD 8º.

También el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de diciembre de 1994 , afirma que el no incorporar un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada es omisión que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

Con esta doctrina jurisprudencial se pretende evitar un eterno retorno sobre los planteamientos dialécticos resueltos por el juzgador a quo, cuando por el apelante no se ha pretendido en la alzada un juicio analítico razonado de la motivación jurídica que integra la sentencia combatida. Consecuencia de todo ello es que no cabe plantear en apelación cuestiones *ex novo*, no sometidas previamente a la consideración del juez a quo por lo que no han podido ser tratadas en sentencia, que se limita a disertar sobre lo alegado y probado. En definitiva rige la interdicción de cabe apelación *per saltum*, como recuerda la STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264).

Estas consideraciones son obviadas por la parte apelante que en su apelación, al socaire de un alegado error en la apreciación de la prueba y falta de motivación de la sentencia, en realidad reitera lo dicho en la instancia sobre la preexistencia de los casetones en la planta ático, según estima acreditada con la propia escritura de compraventa, así como prescripción de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística ejercitada por el Ayuntamiento de Málaga al haber finalizado las obras en el primer trimestre del año 2007, considerando además que la protección que afecta al edificio sito en DIRECCION000 , apreciación que basa en informe pericial de arquitecto por la parte aportado, sin que se practicara notificación alguna en el seno de dicho procedimiento a Orilla S.L., que era la propietaria del inmueble desde julio de 2007, siendo posible legalización de las obras ejecutadas a través de la redacción de un Estudio de Detalle.

SÉPTIMO.-Todas las cuestiones mentadas han sido tratadas en la sentencia apelada, por lo que no adolece de falta de motivación, máxime cuando una abundante doctrina del Tribunal Constitucional, recogida entre otras en la STC 101/92 (FD 4º), ha declarado que la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta con que la resolución judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, habiendo añadido la STC 186/92 (FD 2º) que sólo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución . Por otra parte, esta Sala no excluye la posibilidad de una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera que hay motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenida en la parte dispositiva (aparte de otras, STS de 15 de febrero de 1989), o, en otros términos, se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (entre otras, SSTS 30 de abril de 1991 , 7 de marzo de 1992 y 1 de febrero de 2006).

No cabe duda que la sentencia apelada, cuestión distinta es que esa fundamentación no sea compartida por la apelante.

OCTAVO.-En cuanto al alegado error sobre valoración de la prueba, debe recordarse que la revisión en apelación de la valoración de la prueba realizada en instancia sólo tiene cabida 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.

En este sentido, entre otras, STS del 14 de marzo de 2017, Recurso: 2706/2014 , FD 2º, o la STS del 05 de julio de 2016, Recurso: 1515/2015 , FD 3. Dice esta última:

" Como hemos dicho reiteradamente, a título de ejemplo nuestra reciente sentencia de 15 de septiembre del pasado año 2015 (casación 1715/13), la valoración de la prueba corresponde a los órganos de instancia, que en virtud del principio de inmediación que rige dicha actividad son los que están en mejores condiciones para realizarla. De ahí que la errónea valoración de la prueba nunca haya sido un motivo casacional. No obstante ello, como puntualiza esa misma jurisprudencia, siguiendo los criterios del Tribunal Constitucional, cuando los Tribunales realizan una valoración arbitraria, ilógica o que conduce a resultados inverosímiles, puede hacerse valer su revisión en casación por la vía de la vulneración del artículo 24 CE , en cuanto que una valoración con tan graves defectos no es que afecte, en sí misma, a las reglas de valoración, sino al mismo derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el mencionado precepto" .



La valoración de la prueba no precisa que en la sentencia se haga referencia concreta a cada uno de los medios de prueba obrante en las actuaciones. Como dice la STS 9 abril 2014 (recurso 6475/2011), que "a la luz de nuestra jurisprudencia, no se produce lesión alguna por la mera circunstancia de que en la sentencia impugnada no se hayan hecho referencia expresa a todas y cada una de las pruebas que han sido examinadas y/o tenidas en consideración para decidir. Ciertamente, el art. 218 de la L.E.C., que cita la recurrente, señala en su apartado 2 que las Sentencias «se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho». Pero esta Sala ha advertido ya en numerosas ocasiones que «no es preciso que contengan (las sentencias) una declaración de hechos probados ni que contengan un pronunciamiento expreso sobre todas y cada una de las pruebas practicadas en el proceso, dado que la Sala puede apreciar en conjunto las pruebas practicadas en el proceso y no precisa concretar en qué medio de prueba se ha basado para llegar a la conclusión definitiva que establece, bastando que la sentencia constituya una resolución fundada en derecho razonable y no arbitraria y motivada lógicamente» [sentencias de 23 de octubre de 2007 (rec. cas. núm. 2529/2003), FD Tercero; en el mismo sentido, entre otras, sentencias de 23 de mayo de 2006 (rec. cas. núm. 69/2001), FD Quinto; de 16 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 9223/2004), FD Cuarto; de 25 de junio de 2009 (rec. cas. núm. 1444/2005); de 3 de diciembre de 2009 (rec. cas. núm. 949/2004), FD Cuarto; de 25 de junio de 2009 (rec. cas. núms. 9897/2004, 11227/2004, 11240/2004 y 1444/2005), FD Cuarto]".

En el mismo sentido la STC 126/2013, de 3 de junio, afirma que "es doctrina reiterada de este Tribunal que el deber de motivación que pesa sobre los órganos judiciales no exige un razonamiento "exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi; de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial" (por todas, STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 3 y las que en ella se citan). No existe obligación, por tanto, de que el órgano judicial realice un pronunciamiento explícito sobre la eficacia probatoria que le merece cada uno de los medios de prueba; basta con que especifique el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante, lo cual se constata que fue hecho en la Sentencia impugnada y que fue hecho con razonabilidad".

En definitiva, aun cuando lo anterior no revela al órgano de apelación de examinar la entidad y consistencia de las críticas a la valoración probatoria expuestas por el apelante ni de volver la mirada para examinar los términos y consistencia de la valoración del juez de instancia, no puede obviarse que la valoración bajo la sana crítica está íntimamente vinculada a quien inmediatamente asiste a la práctica de prueba, por lo que el legislador ha depositado expresamente la confianza en su personal y prudente criterio cuando se trata de pruebas testificales (art. 376 LEC), reproducciones videográficas (art. 382.3 LEC) o periciales (art. 348 LEC). Como señala la jurisprudencia, en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, debe primar el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial de la parte apelante, de modo que es preciso acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación.

Así al caso de autos, la sentencia, sobre la preexistencia de los casetones en la planta ático, según estima acreditada la parte ahora apelante con la propia escritura de compraventa, no comparte ese criterio, realizando una acertada valoración de la prueba dice que, el principio de facilidad de la prueba hace recaer sobre el dueño de la obra la carga de acreditar el estado previo de la edificación, por ejemplo mediante la aportación de fotografías u otro medio análogo, lo que no han hecho los recurrentes, que se han limitado a traer a colación la descripción del inmueble en la escritura de compraventa ("...piso NUM001 está un poco retranqueado por su fachada a la DIRECCION000 y superficie es de ochenta y dos metros cuadrados útiles en los que se incluyen la superficie de dos azoteas privativas de este piso..."), que nada acredita

Sobre la alegada, como prescripción de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística ejercitada por el Ayuntamiento de Málaga al haber finalizado las obras en el primer trimestre del año 2007, siendo la protección urbanística referida sólo a la fachada, la sentencia afirma, con criterio que comparte la Sala, que, Ciertamente, el ejercicio de esa potestad administrativa se encontraba sometido con carácter general a un plazo de caducidad que en esa fecha era de cuatro años, conforme a la redacción originaria del artículo 185 de la LOUA.

Pero el apartado 2 especificaba que esa limitación temporal no regía para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los actos y usos que afecten, entre otros (apartado b) a los "bienes o espacios catalogados", siendo que como informaron repetidamente los técnicos municipales el inmueble sito en la DIRECCION000 estaba incluido en el Catálogo de Edificios Protegidos del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro con el grado de protección arquitectónica I (véase la ficha del inmueble en el catálogo a los folios 27 al 31 de la actuaciones previas),



catalogación y protección reforzada que alcanza al inmueble en su conjunto y no solo a la fachada, como mantienen los actores.

Añadiendo que la acción de restablecimiento no está impedida por la incoación de anteriores procedimientos ya caducados: *en el inmueble el Ayuntamiento tramitó cuatro expedientes para el restablecimiento de la legalidad urbanística, incoados respectivamente el 30 de octubre de 2006; el 23 de junio de 2008; el 11 de febrero de 2010 y el 13 de abril de 2011, siendo este último el que culminó con las resoluciones ahora impugnadas.*

El expediente remitido por la Administración comienza con unas "actuaciones previas" y sigue con el acuerdo de inicio de 13 de abril de 2011, pero no incorpora los expedientes caducados, lo que impide conocer los motivos por los que no fueron culminado en plazo. En cualquier caso, ya se ha dicho que la caducidad de un procedimiento no impide la incoación de otro sobre el mismo objeto, siendo además que la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística no estaba sujeta a plazo; que se constata una evidente dificultad para practicar notificaciones con el dueño de la obra; y que el expediente incoado el 13 de abril de 2011 vino precedido con la emisión de un detallado informe de la arquitecta municipal (folio 1 al 5), que remite a actuaciones e informes anteriores pero alude también a una nueva visita de inspección a la obra, e incorpora nuevas fotografías, por lo que no se advierte ninguna irregularidad ni puede calificarse como abusiva la incoación de un nuevo expediente con base en ese informe."

Sobre la alegada ausencia de notificación alguna en el seno de dicho procedimiento a Orilla S.L., que era la propietaria del inmueble desde julio de 2007, el razonamiento de la sentencia, tras analizar las pruebas, es correcta, con base de la obligación ob rem del restablecimiento de la legalidad urbanística: *los procedimientos se han dirigido contra D. Narciso, pero la actuación administrativa resulta jurídicamente irreprochable, ya que:*

-Desde las actuaciones previas y en los procedimientos caducados, el Sr. Narciso aparece identificado como responsable y promotor de las obras, circunstancia que nunca ha negado;

-La finca fue adquirida por D. Narciso el 10 de agosto de 2007, y aunque la aportó en julio de 2007 a la mercantil Orilla, S.L. (véase la documentación por D.^a Lucía con su contestación), no consta hubiera comunicado ese dato a la Administración hasta la presentación de un escrito el 7 de agosto de 2012 en el expediente de restablecimiento NUM004 (f. 242 a 244), esto es, con posterioridad a que se hubieran dictado las dos órdenes de demolición y la resolución sancionadora;

-En todo caso, D. Narciso no era ajeno a Orilla S.L, sino que ostentaba los cargos de secretario del Consejo de Administración y, desde julio de 2007, consejero delegado, lo que impide alegar con éxito que la mercantil desconociera que la obra había sido objeto de varios expedientes para el restablecimiento de la legalidad urbanística".

En definitiva en la valoración de la prueba que hace la sentencia no se aprecia arbitrariedad, que sea irrazonable o conduce a resultados inverosímiles.

Finalmente en cuanto a la posibilidad de legalización de las obras ejecutadas a través de la redacción de un Estudio de Detalle, téngase aquí por reproducido lo dicho en la sentencia, con el añadido que como ya ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, la existencia de un futuro Plan (los Estudios de Detalle, tiene esa naturaleza reglamentaria) que eventualmente reconozca la posibilidad de edificar lo que ahora se manda demoler, no es óbice para ejercer un control de legalidad sobre lo actualmente edificado. Incumbe a la Administración municipal verificar que lo construido se acomoda a la legalidad urbanística vigente al momento en que fue edificado, y no pueden legalizarse en ningún caso construcciones en base a un futuro planeamiento, así lo recogíamos en nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2011 (rec. 2110/2003), en la que se puede leer: *"Por otra parte, la validez o invalidez de las licencias no se resuelve conforme a normas de planeamiento futuras sino, según jurisprudencia unánime, conforme a las normas de planeamiento que resulten aplicables a las mismas en el momento de su concesión en vía administrativa. Como se dijo en la STS de 4 de julio de 1997 las licencias urbanísticas son actos reglados que se otorgan conforme al planeamiento en vigor -bien sea éste el vigente en el momento de la solicitud o en el momento de la decisión,- pero nunca conforme a un planeamiento futuro. Las solicitudes de licencia no generan expectativas respecto del planeamiento futuro (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 15 junio 2001 . En el mismo sentido sentencias de 25 de mayo de 2001 , 20 de octubre y 17 de abril de 1998 , entre otras muchas). Como vemos las licencias urbanísticas deben otorgarse conforme a las normas de tal naturaleza que le sean de aplicación. Normas que tienen que estar vigentes al momento de la petición o de la resolución, según los casos. Criterio de rigurosa temporalidad que no sólo se desprende de la legislación urbanística, Estatal o Autonómica, sino que incluso ha sido recogido por el Código Penal cuando en su artículo 320 cuando dice: "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses."*



Y hemos visto anteriormente que un planeamiento futuro nunca legitima la concesión de una licencia actual. O dicho de otra forma, no puede otorgarse una licencia contemplando sólo un futuro planeamiento."Criterio que se ha reproducido de forma constante en sentencias como las de 19 de julio de 2010 (recs. 2100 y 2042/2003), 18 de octubre de 2010 (rec. 2098/2003), 13 de diciembre de 2010 (rec. 1151/2006), 12 de abril de 2011 (rec. 2003/2008), de 30 de mayo de 2011 (recs. 1364, 2040 y 2324/2003), entre otras muchas, y que en definitiva pospone los efectos del planeamiento futuro al momento de su entrada en vigor, sin perjuicio de su alcance retrospectivo en los limitados términos del art. 73 de LJCA.

NOVENO.-La desestimación de la apelación determina la imposición de las costas a la parte apelante (art. 139.2 Ley 29/1998).

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.-Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de en nombre de JÁUDELES INVERSIONES, S.L. y don Narciso, contra la sentencia nº 93/2023, de 7 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SIETE de MÁLAGA, al PO 504/2012.

SEGUNDO.-Imponer el pago de las costas 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.