



Roj: **STSJ AND 18429/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:18429**

Id Cendoj: **41091330032024101048**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **07/11/2024**

Nº de Recurso: **542/2023**

Nº de Resolución: **1023/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.

SECCION TERCERA.

RECURSO DE APELACIÓN.

REGISTRO NÚMERO 542/2023

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.

Doña María José Pereira Maestre.

Don Juan María Jiménez Jiménez.

En la ciudad de Sevilla, a siete de noviembre del 2024.

La Sala de lo Contencioso- Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha visto el **recurso de apelación** tramitado en el registro de esta Sección Tercera con el **número 542/2023**, interpuesto por la entidad El Flamenco Hotel, S.A., representada por la Procuradora doña Inmaculada Prieto Bravo, y asistida por Letrado, contra la sentencia de 9 de febrero de 2023 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Huelva en el procedimiento allí seguido con el número de registro 313/2021; habiendo formulado escrito de oposición al recurso de apelación la Administración de la Junta de Andalucía (Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul), representada por la Letrada de la Junta de Andalucía. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don Victoriano Valpuesta Bermúdez, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha de 9 de febrero de 2023 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Huelva en el procedimiento arriba referido, se dictó sentencia por la que se estimaba en parte el recurso deducido por la entidad El Flamenco Hotel, S.A. contra la resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía desestimatoria del recurso de alzada deducido frente a la de la Dirección General de Medio Ambiente Natural y Espacios protegidos de 20/04/2017 en expediente sancionador DÑ-HU-2016-172-AM-EN, declarando dicha resolución no ajustada a derecho "solo en cuanto al alcance del deber de restaurar que ha de quedar limitado a las actuaciones concretas objeto del expediente sancionador".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se formuló por la demandante recurso de apelación en razón a las alegaciones que en dicho escrito se contienen, dadas aquí por reproducidas en aras de la brevedad, que fue admitido, y tras dar traslado a la Administración, se formuló por el Letrado de la Junta de Andalucía escrito de oposición al recurso, acordándose a continuación elevar a la Sala las actuaciones.



TERCERO.- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por la acumulación de asuntos que penden ante la Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer, en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Constituye el objeto de la presente apelación la sentencia por la que se estima parcialmente el recurso deducido por la entidad El Flamenco Hotel, S.A. contra la resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía desestimatoria del recurso de alzada deducido frente a la de la Dirección General de Medio Ambiente Natural y Espacios protegidos de 20/04/2017 en expediente sancionador DÑ-HU-2016-172-AM-EN, declarando dicha resolución no ajustada a derecho "solo en cuanto al alcance del deber de restaurar que ha de quedar limitado a las actuaciones concretas objeto del expediente sancionador".

En la sentencia se contienen los siguientes fundamentos de interés:

"(...) La resolución impugnada desestima el recurso de alzada confirmando la anterior resolución sancionadora por una infracción grave de los apartados h) y j) de la Ley 8/99, de 27 de octubre del Espacio Natural de Doñana, únicamente el lo relativo a la obligación de restaurar en la medida en que la sanción pecuniaria fue declarada prescrita al haber transcurrido el plazo legal desde la firmeza de la resolución sancionadora inicial, dada la tardanza en la resolución del recurso de alzada.

Considera el acto recurrido que la obligación accesoria queda sometida la plazo general de prescripción de 5 años del art 1964 CC para las obligaciones personales para las que no está previsto un específico plazo de prescripción.

Ha de anticiparse ya, que si bien es acertada la aplicación del plazo de 5 años, no lo es tanto el precepto legal en que lo funda la resolución impugnada por cuanto en este caso, el art 56 de la Ley 8/1999 sí contempla un plazo específico para la prescripción de la obligación de restaurar. Así dispone el precepto : 5. Las obligaciones de restauración que hayan sido declaradas mediante resolución firme prescribirán, conforme a los plazos siguientes: (...)b) A los cinco años las correspondientes a daños por la comisión de infracciones graves.

Segundo.- Comenzando por la alegación de caducidad del expediente, se pretende que concurre la misma en cuanto entre el acuerdo de inicio que fue notificado en octubre de 2016 y la notificación de la resolución sancionadora inicial (15/5/2017) se ha excedido el plazo de 6 meses del art 21 Ley 39/2015 .

Ello no obstante en este caso el plazo aplicable es el previsto en la normativa específica y no el supletorio general de la Ley de procedimiento administrativo común. El art 55 Ley 8/99 del espacio Natural de Doñana contempla un plazo máximo de 1 año desde la fecha del acuerdo de inicio para notificar la resolución, plazo que en este caso no había concluido el 15/05/2017,

Tercero.- Igual suerte desestimatoria ha de correr la pretensión anulatoria fundada en la indebida alteración de la tipificación de la infracción. Siendo cierto que el acuerdo de inicio tipifica los hechos con arreglo a la art 26.2 e) que refiere a la ejecución sin autorización de obras en zonas sujetas a algún tipo de limitación en cuanto al destino; y la resolución sancionadora concluye tipificando los hechos conforme a los apartados h) y j) del art 44 de la ley 8/1999 , no lo es menos que el cambio de tipificación se produjo una vez se apura la instrucción (cuyo fin es precisamente precisar los hechos y su calificación, entre otros), en la propuesta de resolución que fue debidamente notificada a la infractora dándole el pertinente trámite de alegaciones, de modo que ninguna merma a su derecho de defensa puede pretenderse.

En todo caso, el art 89.3 Ley 39/2015 remite a la propuesta de resolución la fijación de los hechos y su exacta calificación jurídica.

Cuarto .- Respecto de la pretensión de que la obra está legalizada o es susceptible de serlo, ha de ser descartada.

Ciertamente que la actora solicita autorización en fecha 31/03/2016 para la ejecución de módulos de servicios, y no de reforma de los preexistentes, por más que se ejecutara en el mismo lugar en que se ubicaban los anteriores, reduciendo al superficie ocupada. Se trataba de la ejecución del módulo de servicios del Camping cuya concesión databa de 1982, y ello. entre otras cuestiones. Para adaptarse a las exigencias de la normativa turística (Decreto 164/2003).

Pues bien, pretende la recurrente que no procede la imposición del deber de restaurar por cuanto que la obra ejecutada ha sido convalidada a posteriori en el proceso de restauración de los daños generados en la zona por el INCENDIO dio de Las Peñuelas ocurrido en junio de 2017 que afectó especialmente a sus instalaciones. sin embargo de ello, tal como opone la administración demandada, es lo cierto que lo que se legaliza y así



resulta de la documentación adjuntada la recurso de alzada, son otro tipo de obras menores y no la que nos ocupa, siendo que, en todo caso lo que se sanciona es la ejecución de obras sin las necesarias autorizaciones, y no se ha acreditado en nuestro caso que la obra cuente con licencia municipal ni menso aún con la necesaria autorización del Parque Natural. Cuestión disintta es la relativa a la obligación de restaura que ahora se impone. El expediente se sigue por le ejecución desde, al parecer, marzo de 2016, de una obra concreta y determinada sin al preceptiva autorización. El deber de restaurar solo puede alcanzar a la reposición del estado de cosas previo a la ejecución de la obra infractora por no autorizada, no más allá. En este caso, en cuanto la administración pretende la reposición del estado de cosas existente la tiempo de la concesión administrativa del camping, esto es a fecha 1982, ha de reputarse no ajsutada a derecho, pues con ocasión de un expediente sancionador concreto en relación a una obra concreta cuya ejecución se sitúa en 2016, no es dable pretender la reposición del estado de cosas anterior en casi 30 años a la fecha de inicio del expediente sancionador concretado a hechos de 2016. La eventual pretensión de reposición de las cossa al estado previo a la concesión de 1982 exigiría la tramitación de un expediente ad hoc, pero no es este el caso.

En definitiva, al obligación de restaurar solo puede referir al momento anterior al inicio de las obras no autorizadas en 2016 sin que pueda extenderse a otras actuaciones previas a esa fecha que no son objeto del expediente sancionador y por ello no pueden resultar alcanzadas por el deber de restaurar el daño ocasionado por la infracción".

Contra esta sentencia se alza la recurrente alegando la legalización de la instalación con arreglo a la normativa urbanística por tratarse de una actuación "legalizable", y si nos encontramos ante una obra legalizable, mal puede convivir esto con el fallo de la sentencia ahora recurrida puesto que, más allá de la complicada ejecución, la reposición al estado previo a la obra infractora nos llevaría a la necesidad de, en cumplimiento de la sentencia, "reponer unos aseos" como se encontraban "al momento de inicio de las obras no autorizadas en 2016.

Considera que debe aplicarse en cualquier caso y atendidas las circunstancias concretas de la obra ejecutada el principio de no demolición y ello conforme reiterada jurisprudencia que aplica dicha doctrina atendiendo a una consideración necesariamente restrictiva de la demolición, medida que debe ser aplicada con mesura con el fin de no originar un resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizable y lo realizado y ello en aplicación del principio de proporcionalidad que se aprecia en concordancia con los principios de buena fe, equidad y congruencia, siendo precisa además realizar una interpretación equilibrada del interés público, atendiendo en casos como el que nos ocupa a la inexistencia de daño a interés público y/ o privado siendo la construcción actual la misma que la anterior en el tiempo; "rectificamos no la misma, de mejores calidades, encaje en el entorno y más respetuosa con el medio ambiente, entre otras cosas se suprime el amianto en la cubierta del mismo para más señas".

Considera que hay dos hechos relevantes a considerar a la hora de resolver el presente recurso: Primero y fundamental, que se trata de una obra compatible con respecto a las NNSS del Ayuntamiento de Lucena del Puerto conforme informe emitido por su Técnico Municipal y obrante en el ramo de prueba; luego, si se trata de una obra legalizable, y aún pudiendo admitir que la solicitud de legalización de las obras, pago de las tasas y demás actuaciones carecieran de validez no obvia que su legalización es posible y si es posible carece de sentido la "sanción no pecuniaria" de "obligación de restaurar al momento anterior a la obra"; y consecuencia directa de lo anterior y vista que la construcción de los aseos que trae motivo al sancionador es obra compatible con la norma, entendemos que debería desaparecer el objeto. El interés de la administración por continuar el procedimiento debe desaparecer en cuanto no existe bien jurídico alguno a proteger. La eventual sentencia, al caso que nos ocupa, no tendría más efectos, eficacia y recorrido que derribar los actuales aseos para construir exactamente los mismos que existían con el evidente perjuicio que ello conlleva y el sinsentido que ello es, y bajo las dos premisas apuntadas, debemos invocar la doctrina alegada como fundamento del presente recurso por ser la medida a aplicar contraria al interés general.

La Administración se opone al recurso alegando como cuestión previa que formuló solicitud de rectificación de la sentencia, pues parte de una premisa errónea, dado que la resolución objeto de los presentes autos acuerda como sanción accesoria (la única que se discute en este proceso) la obligación de derribo de la edificación ilegalmente ejecutada (ilegalidad que da lugar a la apertura del citado expediente sancionador), y no la reposición del estado de cosas existente al tiempo de la concesión administrativa del cámping; por lo que si el deber de restaurar ha de quedar limitado a las actuaciones concretas objeto del expediente sancionador, como así se pronuncia el fallo, el sentido de la sentencia no es estimatorio parcial de la demanda, sino desestimatorio.

Añade que la apelante invoca como motivo del recurso el carácter legalizable de la obra, al ser compatible con respecto a las NNSS del Ayuntamiento de Lucena del Puerto conforme informe emitido por su Técnico Municipal y obrante en el ramo de prueba, lo que trata de vincular a un principio de proporcionalidad en concordancia con los de buena fe, equidad y congruencia, sin que en ningún momento acredite este extremo,



y como indica la sentencia, lo que se legaliza y así resulta de la documentación adjuntada al recurso de alzada, son otro tipo de obras menores y no la que nos ocupa, siendo que, en todo caso lo que se sanciona es la ejecución de obras sin las necesarias autorizaciones, y no se ha acreditado en nuestro caso que la obra cuente con licencia municipal ni menos aún con la necesaria autorización del Parque Natural; que en relación a la obra que origina el expediente sancionador, no consta que en ningún momento se hayan iniciado siquiera ni seguido los trámites del artículo 16 de la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, no aportándose de contrario licencia municipal, cuya concesión a su vez está supeditada al informe favorable de la Administración ambiental; y que, en cuanto a la pretendida aplicación del principio o criterio de proporcionalidad, congruencia y menor demolición, desarrollado por la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1993 ha señalado que "no procederá, por tanto, la demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa", y en el caso que nos ocupa la totalidad de la obra es ilegal, por lo que no solo no se dan estas circunstancias excepcionales, sino que ni siquiera se intenta demostrar que sí concurren.

Pues bien, la sentencia declara la resolución impugnada no ajustada a derecho "solo en cuanto al alcance del deber de restaurar que ha de quedar limitado a las actuaciones concretas objeto del expediente sancionador", cuando ciertamente lo que decretaba era el "derribo de la edificación ilegalmente ejecutada", que no era otra que la que fue objeto de la denuncia del 3 de junio de 2016 por el Agente del Medio Ambiente, de modo que el signo del fallo debió ser desestimatorio.

Por otro lado, no se aprecia error en la valoración de la prueba cuando concluye que la obra no fue legalizada. Al oponerse a la demanda ya contestaba la Administración que el documento de los folios 124 y 125 del expediente no es una solicitud de legalización de la obra, sino una mera entrega de documentación requerida por el Ayuntamiento de Lucena del Puerto en relación a la licencia de obra mayor que se había solicitado; que el informe del EN de Doñana que se acompaña al recurso de alzada se refiere a obras menores de reposición de instalación eléctrica, de saneamiento enterrado y de instalación de riego, distintas de la que aquí nos ocupa (folios 70 y 71 del expediente), y lo mismo cabe decir del informe de los Servicios Técnicos Municipales de **Urbanismo** del Ayuntamiento de Lucena del Puerto que también se acompaña a la alzada, referido a una obra distinta, solicitada el 3/10/17, y consistente en la reposición de infraestructuras tras el incendio de las Peñuelas (folios 72 a 77), y lo cierto es que están alegaciones ni siquiera son analizadas por la apelante para desvirtuarlas.

Ahora bien, lo que no queda desmentido es la condición de obra "legalizable", como así sostiene igualmente la recurrente aunque sin incidir en la necesaria autorización que ha de conceder la Administración autonómica a tal efecto. La propia Administración, sin combatir ese alegato, da por posible la ulterior "legalización" al manifestar en el propio escrito de contestación a la demanda que, de existir una legalización posterior, no transformaría "en nula la resolución sancionadora objeto de los presentes autos, sino que ésta únicamente quedaría privada de virtualidad". También la viene a considerar la propia resolución recurrida cuando rechaza el recurso de alzada, en la que después de expresar que "lo relevante es que los hechos se producen en el Espacio Natural de Doñana", a continuación precisa que las obras se encuentran situadas "en la Zona C2 en las que se considera compatibles la rehabilitación y mejora de edificaciones existentes y la ejecución de equipamientos e infraestructuras de abastecimiento, saneamiento, viarias, energéticas y de comunicaciones para el servicio de edificaciones".

Por consiguiente, si se pueden considerar "compatibles" obras como las denunciadas con su debida motivación y justificación técnica, el recurso debe ser estimado en el sentido de declarar ajustada a derecho la obligación impuesta en la resolución dictada en el procedimiento sancionador, consistente en el "derribo de la edificación ilegalmente ejecutada", pero con expresa indicación de que lo es "sin perjuicio de su posible legalización".

Por último, no concurren las circunstancias excepcionales para la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada por la recurrente. La STS de 15 de enero de 2002 (recurso 155/1998) citada por la apelante, recoge que "el principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en los casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables y sólo con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado", sin que sean de apreciar al supuesto esas características singulares en la obra ejecutada.

SEGUNDO.- Procede, pues, la estimación del recurso de apelación en los expresados términos, sin haber lugar a hacer pronunciamiento de condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la L.J.C.A.

Vistos los preceptos legales citados, los concordantes y demás de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS**

Que estimando en parte el presente recurso de apelación interpuesto por la entidad El Flamenco Hotel, S.A. contra la sentencia de 9 de febrero de 2023 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Huelva en el procedimiento allí seguido con el número de registro 313/2021, y con revocación parcial de la misma, debemos declarar y declaramos ajustada a derecho la obligación impuesta en la resolución administrativa recurrida consistente en el "derribo de la edificación ilegalmente ejecutada", aunque "sin perjuicio de su posible legalización", en los términos señalados en el fundamento jurídico primero *in fine*. Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe preparar recurso de casación por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente a la notificación de esta resolución, en los términos y con las exigencias contenidas en los arts. 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO