



Roj: **STSJ AND 19254/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:19254**

Id Cendoj: **18087330042024100943**

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

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **12/12/2024**

Nº de Recurso: **1207/2022**

Nº de Resolución: **3960/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL MORENO VERDEJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

RECURSO 1207/22

SENTENCIA NÚM. 3960 DE 2024

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a Beatriz Galindo Sacristán

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Antonio Manuel de la Oliva Vázquez

D^a M^a María Isabel Moreno Verdejo

En la ciudad de Granada, a doce de diciembre de dos mil veinticuatro.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación número 1207/22, dimanante del procedimiento núm. 740/21 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Granada; siendo apelante **AYUNTAMIENTO DE GRANADA**, representado y asistido del Letrado D. Luis García Trevijano Rodríguez. Parte apelada **D. Jesús Luis**, representado por la Procuradora Dña. María del Carmen Reina Infantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por D. Jesús Luis, se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Granada, que desestima el recurso de reposición interpuesto en fecha de 21 de julio de 2021 contra el Decreto del Alcalde de 21 de junio de 2021 en el expediente de protección de la legalidad urbanística de 21 de junio de 2021, NUM000. Tramitado conforme a las normas del procedimiento ordinario, en fecha de 8 de junio de 2021 se dictó sentencia en cuyo fallo se decía *"Que estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora señora Reina Infantes en nombre y representación de D. Jesús Luis contra la resolución del señor Concejal Delegado del Área de **Urbanismo** y Obra Pública del Ayuntamiento de Granada de 30 de septiembre de 2021 por la que se desestima el recurso de reposición formulado frente al Decreto de 21 de junio de 2021, que resuelve el procedimiento de reposición de la legalidad urbanística perturbada ordenando el desmontaje de los aparatos de aire acondicionado instalados ilegalmente la fachada exterior del edificio de la DIRECCION000, que se anulan por no ser conformes a derecho"*

SEGUNDO.-Notificada la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ayuntamiento de Granada, suplicando que se dicte sentencia por la que revoque aquélla y se destime el recurso formulado, confirmando el acto administrativo.



TERCERO.-Dado traslado del escrito de interposición del recurso de apelación, procedió la representación procesal de D. Jesús Luis , presenta escrito de oposición al recurso de apelación.

CUARTO.-Elevadas las actuaciones a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para la tramitación y resolución del recurso de apelación interpuesto, y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, ni la celebración de vista ni la presentación de conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones.

Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso. Actuó como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a María Isabel Moreno Verdejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia nº 134/22, de 8 de junio de 2022 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Granada en el procedimiento ordinario 740/21, que estimó el recurso contencioso administrativo frente a la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Granada que desestima el recurso de reposición interpuesto en fecha de 21 de julio de 2021 contra el Decreto del Alcalde de 21 de junio de 2021 en el expediente de protección de la legalidad urbanística de 21 de junio de 2021, NUM000 .

SEGUNDO.-Cuestión previa: Sobre la naturaleza del recurso de apelación.

Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 (recurso núm. 6192/1992) " El recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia – Sentencias de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993 , etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo".

En el mismo sentido la STS 14 junio 1991, con cita de las SSTS de 22 de junio y 5 de noviembre de 1990 y 19 de abril de 1991, afirma que " el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por la que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación, de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable, sin que se pueda suplir tal omisión ni eludir la obligada confirmación de la Sentencia por otro procedimiento, ya que la revisión de ésta no puede "hacerse de oficio por el Tribunal competente para conocer del recurso" (Sentencia de 19 de abril de 1991)".

En las antedichas circunstancias -esto es, articulada adecuadamente la apelación como un juicio crítico a la Sentencia dictada en la instancia- y como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal ad quem la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, como recuerda la STS 17 enero 2000 (recurso 3497/1992).

2.- Doctrina sobre la valoración de la prueba practicada en la primera instancia.

En relación con la valoración de la prueba, es reiterada y constante la doctrina Jurisprudencial que destaca que en el proceso contencioso administrativo la prueba se rige por los mismos principios que la regulan en el proceso civil, y no se puede olvidar que la base de la convicción del Juzgador para dictar sentencia descansa en la valoración conjunta y ponderada de toda la prueba practicada. Esta Sala, como puede verse en la sentencia de 18 de julio de 2016, dictada en el recurso de apelación 633/2014 (Sección Primera), entre otras muchas, viene señalando que "la Sala considera menester recordar que el Juez a quo ha de valorar los medios de prueba, salvo las excepciones legalmente previstas (artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), "según las reglas de la sana crítica" - artículos 316.2 , 326, último párrafo, 334, 348 y 376 LEC -, lo que implica que, en principio, ha de respetarse la valoración efectuada por el Juez de instancia, máxime dada la inmediación en la práctica de la prueba, siempre que no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria o



absurda, o cuando conculque principios generales del Derecho (sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1999 , 22 de enero de 2000 , 5 de febrero de 2000 , entre otras), sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador por la de la parte. Por eso, aun cuando la apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas a través del recurso, cuando lo cuestionado es la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, se viene manteniendo que, 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."

En consecuencia, es el Juez "a quo" el que ha de valorar los medios de prueba, salvo las excepciones legalmente previstas como la del artículo 319 de la Ley 1/2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil , para los documentos públicos, "según las reglas de la sana crítica", - artículos 316.2 para el interrogatorio de las partes, 326, último párrafo, para los documentos privados, 334 para las copias reprográficas, 348 para la prueba pericial y 376 para la testifical, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes citada-. Ello implica que, en principio, ha de respetarse la valoración efectuada por el Juez de instancia siempre que la misma no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria, absurda o conculque principios generales del derecho (STS de 22 de Septiembre , 6 de Octubre y 19 de Noviembre de 1.999 , 22 de Enero y 5 de Febrero de 2.000), sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador actuante por la de la parte (sentencias del mismo Alto Tribunal de 30 de Enero , 27 de Marzo , 17 de Mayo , 19 de Junio y 1 de Octubre de 1.999 , de 22 de Enero y 5 de Mayo de 2.000 entre innumerables otras).

Ha de subrayarse, por otro lado, como nos recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de febrero de 2018 (recurso de casación 2386/2016), que "Respecto de la forma de acometer la valoración de la prueba, también es consolidada la jurisprudencia que afirma la validez de la valoración conjunta de los medios de prueba, sin que sea preciso exteriorizar el valor que al Tribunal sentenciador le merezca cada concreto medio de prueba obrante en el expediente administrativo o la aportada o practicada en vía judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que "... la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985, de 8 de mayo)". Doctrina que ha sido recogida por esta Sala, por ejemplo, en sentencia de 2 de noviembre de 2021 (recurso de apelación nº 4296/2020, Sección Tercera).

TERCERO.-Aplicación de la doctrina al caso concreto.

La sentencia recurrida estima el recurso contencioso administrativo y anula el acto administrativo citado en los antecedentes de hecho de esta resolución, En el fundamento jurídico tercero de la sentencia se argumenta *"Sin embargo, apreciamos en las resoluciones impugnadas una relevante falta de motivación en cuanto a la trascendencia de la instalación realizada por el recurrente, no solo en relación con situaciones idénticas en la misma fachada, sino también por la aplicación de los preceptos que se dicen vulnerados, que en atención a las concretas condiciones del caso debe permitir la actuación. En orden a la primera circunstancia citada, evidentemente no podemos tener en cuenta la situación que se pueda producir en conjunto en esta capital, por mucho que sea notorio para cualquier persona que camina por sus calles la existencia de aparatos similares situados en las fachadas, a la vista y sin elemento disimulador o de integración alguno. Sin embargo, sí hemos de considerar la situación concreta del edificio que nos ocupa, que se encuentra en uno de los barrios más poblados de la periferia de la ciudad, con las dudosas calidades constructivas propias de su tiempo, y en cuya fachada existen varios aparatos de aire acondicionado con las mismas condiciones que las del recurrente. Evidentemente, es claro el acierto de la invocación del conocido principio "en la ilegalidad no puede existir igualdad", pero no deja de ser sorprendente (acreditado por la prueba practicada en este procedimiento) que los últimos 10 años se han solicitado sólo 10 licencias para la instalación de aparatos aire acondicionado en las fachadas de edificios, y sobre los expedientes disciplinarios por colocación de aparatos de aire acondicionado en fachadas en estos últimos 10 años, son poco más de 80, lo que es una cantidad evidentemente escasa en relación a la proliferación de tales instalaciones, a la vista de cualquiera, y que también se ha acreditado con abundante documentación fotográfica. Sin embargo, y volviendo al edificio en cuestión no se ha justificado qué circunstancias concurren respecto de las actuaciones iguales realizadas en la misma fachada, y la invocación del principio de igualdad con este carácter tan concreto, en el mismo edificio y de vecinos del recurrente que tienen instalaciones iguales, merecería al menos una explicación, so pena de que la actuación administrativa pueda ser sospechosa de arbitrariedad. Tampoco se ha manifestado nada respecto de las peculiares circunstancias alegadas por el recurrente acerca del edificio, no solo sobre su calidad constructiva y la necesidad de dotar a la vivienda de una instalación de climatización de este tipo para su adecuada habitabilidad, sino respecto de la imposibilidad de situar en otro lugar las tan repetidas máquinas: se ha dicho y se aprecia de las fotografías aportadas que la cubierta del mismo es en forma de tejado, y la eventual colocación de las máquinas en el*



mismo sería extraordinariamente onerosa. Por ello es preciso hacer una interpretación integradora de la taxativa prohibición que se realiza en la norma 7.5.10, con el criterio orientativo de la 7.5.3.1, de que se evite siempre que sea posible su manifestación externa directa. En este caso se ha acreditado una imposibilidad de realizar la referida instalación sin esta manifestación externa, por lo que la decisión adoptada por el Ayuntamiento condenaría al recurrente a una imposibilidad real y absoluta de contar con elementos de climatización, al no tener ninguna alternativa, o ser ésta extraordinariamente onerosa. Por tanto, sin perjuicio de las actuaciones que la Corporación pueda realizar respecto a los elementos correctores o de integración conforme a la norma 7.5.10.2, debemos anular la resolución impugnada."

Posición de la parte apelante

La razón de decidir de la sentencia, que será objeto de crítica en esta alzada, es escueta pero clara. Se contiene en el fundamento tercero y se concreta en considerar: Que la colocación de los aparatos en la cubierta es muy dificultosa en el caso del recurrente por tratarse de una cubierta inclinada, como mera opinión. En señalar que son muchos los aparatos de aire en la ciudad que no cumplen la norma (sin razonar nada sobre si tales aparatos son aterieres a la norma vigente). Y, por último, entender que son pocas la licencias que se solicitan para su colocación y pocos también los procedimientos de disciplina o restauración de la legalidad que se siguen por tal motivo. Razonamientos todos ellos de "justicia material" ajena a la debida aplicación de una norma reglamentaria vigente como es la del Plan General que prohíbe la colocación de aparatos de aire en fachada. En primer término no podemos compartir con el Juzgador de instancia que el hecho que la cubierta del inmueble sea inclinada impide la colocación de aparatos de aire en ella. Sabemos la doctrina que hay sobre la revisión de la valoración de la prueba en segunda instancia, pero en este caso ninguna prueba hay de la situación que la sentencia aprecia. Esto es, no existe ningún informe que diga que arquitectónicamente es imposible la colocación de los aparatos en la cubierta o que, económicamente, sea muy oneroso como afirma la sentencia. Así mismo añade que la sentencia genera una verdadera "reserva de dispensación" en la norma reglamentaria que prohíbe los aparatos en fachada y consecuencia de ella no se aplicaría tal norma en un caso concreto, el del recurrente. El hecho que existan muchos aparatos en fachada en la ciudad e incluso en el propio edificio del recurrente, no debe ser obstáculo para aplicar la norma. Entre otras cosas porque debemos pensar que esos "otros muchos aparatos" son anteriores a la norma y no posteriores a ésta. Siendo situaciones a "extinguir". Tampoco si ello se debiera no a la antigüedad de los aparatos, esto es, que fueran anteriores a la norma, sino a que el Ayuntamiento no consigue reprimir todas las situaciones de ilegalidad, habría razón en este caso para no aplicar la norma. No comparte con la sentencia que el que se soliciten pocas licencias o que haya pocos procedimientos de disciplina por aparatos de aire en fachada, se alce como causa para no aplicar la norma. Concluye que la sentencia parte de una afirmación no probada y contraria a la realidad (la pretendida imposibilidad por la cubierta inclinada) y consolida una reserva de dispensación contraria a la norma, nótese que el Juez no inaplica la norma reglamentaria por considerar ilegal ésta, lo que podría hacer, sino que decide no aplicarla en este caso.

Posición de la parte apelada

Explicita que como se exponía en la demanda, y así lo reconoce la sentencia en su fundamento jurídico tercero, en la resolución no aparece motivada la "manifiesta incompatibilidad" de la construcción con la ordenación urbanística, ni con la alteración de realidad física. Incluso el Juzgador mantiene que esa falta de motivación y explicación es esencial y necesaria en este caso so pena de que la actuación administrativa pueda ser sospechosa de arbitrariedad. Este es el verdadero quid de la cuestión y de la sentencia, la falta de motivación en la resolución administrativa. Argumenta que trata la administración de devolver su obligación de motivar y explicar en el expediente administrativo. Quien tenía que haber motivado que la colocación de la unidad exterior del aire acondicionado tendría que ser en la cubierta y que esta resistirá el peso adicional y que los costes de ello no son elevados es la Administración actuante y ante su silencio absoluto sobre ello quiere ahora que sea el juzgador quien lo motive. Considera que es público y notorio y no necesita mayor motivación, que en un edificio de los años 1950s la cubierta no esta preparada para asumir los pesos de aparatos ni esta construida para anclarlos. De ahí la cantidad de ellos existentes en cubiertas. Respecto a que no se razona si los aparatos en la ciudad son anteriores a la norma vigente, intenta la administración desvirtuar si no llevar al error a esta Sala al introducir esta cuestión. El vigente PGOU de Granada se publicó en el BOJA de 6 de marzo de 2001, quieren hacernos creer que esos aparatos tienen una vida útil mayor de quince o veinte años o que todos los instalados son anteriores al año 2000. Tampoco nos dice la apelación si la anterior normativa vigente, el PGOU de 1985, permitía o no la colocación de las unidades externas de aire acondicionado en fachada. La prohibición a la que alude y que recoge el art. 7.5.10 del PGOU de Granada vigente lo es para las edificaciones de nueva construcción; es decir, construidas vigente el Plan actual. Este artículo pertenece al Capítulo Quinto: Condiciones de las dotaciones y Servicios de los edificios, del Título Séptimo: Regulación de la Edificación. La colocación de unidades externas de aire acondicionado mediante pletinas en escuadra en fachadas de edificios no es obra ni instalación ni construcción alguna y por tanto no



esta sujeta al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, cuestión reconocida en innumerables sentencias de TSJ y Supremo. Tampoco la administración municipal ha informado de cómo han terminado los pocos procedimientos disciplinarios tramitados en estos últimos diez años. Tampoco se puede hablar de reserva de dispensa como alega en la correspondiente tercera; Se parte de la base en la sentencia de que no ha existido motivación alguna en el expediente administrativo para su resolución, en este caso concreto y para este edificio, por mucho esfuerzo que ahora haga la alegante de devolver al juzgador la falta de motivación. Subsidiariamente, para el caso de que ese Tribunal estimase que no hay falta de motivación en la resolución administrativa recurrida, por economía procesal y en evitación de reiteraciones innecesarias, se da aquí por reproducidos los fundamentos jurídicos contenidos en el escrito de demanda.

CUARTO.-Previamente a entrar a resolver sobre los motivos que fundamentan el recurso de apelación, se trae a esta sentencia el fundamento jurídico segundo de la recurrida el cual detalla los antecedentes obrantes en el expediente administrativo:

"SEGUNDO. En el expediente administrativo constan los siguientes datos relevantes para la resolución de este pleito: por informe de la Inspección Urbanística del Ayuntamiento de Granada emitido el 3 de junio de 2019 se constata que fue girada visita de inspección el día 28 de septiembre de 2017 por denuncia de un vecino, y se comprueba que se han instalado dos aparatos de aire acondicionado en fachada principal del edificio DIRECCION000 , dichos aparatos no disponen de licencia urbanística. Antes de su ejecución en una visita se les advirtió que no podían instalar dichos aparatos haciendo caso omiso. En este informe ya se advierte de que las actuaciones realizadas son actos sujetos a licencia urbanística municipal según el artículo 169 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), 8 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (RDUA) y la Ordenanza municipal reguladora de licencias obras y actividades. Estos hechos se clasifican como presuntamente legalizables, sin perjuicio de que del resultado de las actuaciones de instrucción realizadas en el procedimiento resulte la improcedencia legal de dicha legalización por desconformidad de los actos con las determinaciones de la legislación y de la ordenación urbanística aplicable. De lo anteriormente expuesto no cabe deducir que la intervención realizada es conforme con el instrumento de planeamiento por lo que la legalización pasaría por ajustarlas al régimen jurídico de aplicación. Como operaciones de restauración del orden urbanístico necesarias se afirma que la legalización pasaría por reubicar las unidades exteriores retirándolas de la fachada (folios 1 y 2). A continuación consta nota de la visita realizada en el año 2017 y fotografías de la instalación efectuada (folios 3 y siguientes). En fecha 22 de junio de 2020 se emite informe jurídico con propuesta de resolución, en el que se manifiesta que una vez estudiado el planeamiento urbanístico y la legislación sobre la materia la actuación no es compatible con la ordenación urbanística vigente, por lo que se deberá requerir al interesado para que reponga la realidad física alterada a su estado originario, y se propone iniciar procedimiento de reposición de la realidad física alterada, cosa que se efectúa con el Decreto de fecha 23 de junio de 2020 (folios 17 y siguientes). Una vez notificado al recurrente, éste realizó las alegaciones que constan en los folios 36 y siguientes, en las que manifiesta que es su domicilio habitual y la necesidad de dotarlo de la adecuada climatización, máxime tratándose de la última planta y con las condiciones constructivas del edificio, por lo que se hizo necesario instalar las máquinas en la fachada, puesto que para poder poner la maquinaria de los aires en el tejado y tras la inspección por técnico competente prácticamente habría que desmontar y construir de nuevo los tejados del edificio. Ello tendría unos costes insostenibles para una vivienda, por lo que se vio en la obligación de colocar los aparatos en la fachada, siendo esta situación habitual no solo en el mismo edificio sino en muchas otras edificaciones del DIRECCION001 , donde se encuentra la vivienda. Además, se manifiesta que la instalación de la maquinaria de aire acondicionado se realizó al final de 2015, alegando la prescripción de la posible infracción. Tras el informe jurídico que consta en los folios 40 y siguientes, se dictó el Decreto de 21 de junio de 2021 (folios 46 y siguientes) en el que se invoca la infracción de los siguientes preceptos del PGOU vigente: (7.5.3, "Condiciones estéticas de las instalaciones y dotaciones al servicio de la edificación": 1.- Todas las instalaciones y dotaciones al servicio de la edificación procurarán situar sus trazados, maquinaria y elementos auxiliares en el interior de la edificación, evitándose, siempre que sea posible, su manifestación externa directa. 2.- Para aquellos elementos que ineludiblemente deban aparecer al exterior, se requerirá su integración en el diseño del edificio, y la previsión de las medidas oportunas correctoras de impacto visual, especialmente en aquellas áreas o zonas de especial valor histórico, artístico y/o paisajístico a preservar. El no cumplimiento de este extremo podrá suponer la denegación de la licencia para las correspondientes obras de ejecución. (7.5.10, que de una forma específica, respecto de las instalaciones de climatización, señala: 1.- Todo edificio donde existan dependencias destinadas a la permanencia de personas deberá contar, cuando menos, con preinstalación de calefacción, que podrá emplear cualquier sistema de producción de calor, buscando siempre las soluciones que conduzcan a un mayor ahorro energético. 2.- En el caso de previsión de instalación de climatización para aire acondicionado, queda expresamente prohibida la colocación de aparatos de producción de frío que queden vistos sobre la fachada exterior de los inmuebles o que sobresalgan de la línea de fachada, debiendo en todo caso quedar integrados en la composición y formalización de la misma, y no admitiéndose su disposición arbitraria sobre el alzado del inmueble. 3.- Toda



instalación de climatización atenderá al cumplimiento de las determinaciones derivadas de la aplicación de las legislaciones sectoriales vigentes de afección. Finalmente se concluye que de las previsiones de la normativa señalada anteriormente se desprende que: "...queda expresamente prohibida la colocación de aparatos de producción de frío que queden vistos sobre la fachada exterior de los inmuebles o que sobresalgan de la línea de fachada, debiendo en todo caso quedar integrados en la composición y formalización de la misma, y no admitiéndose su disposición arbitraria sobre el alzado del inmueble", por lo que se desestiman las alegaciones formuladas por el interesado. Por todo ello se ordena la reposición a su estado originario de la realidad física alterada por tales actuaciones, requiriéndole para que procediera al desmontaje en el plazo de dos meses. Esta resolución fue notificada al interesado en fecha 22 de junio de 2021 (folio 57). Frente al Decreto citado se formuló recurso de reposición (folios 71 y siguientes) sosteniendo la caducidad del procedimiento, la prescripción de los hechos y la inexistencia de infracción urbanística. Tras el informe jurídico, la resolución de 30 de septiembre de 2021, que constituye el objeto de impugnación en este procedimiento, resuelve negando la caducidad del procedimiento, habida cuenta que no se ha superado el plazo de un año desde que se inició el procedimiento de restauración, la irrelevancia de la alegación de prescripción, dado que se trata de un procedimiento de protección de la legalidad urbanística cuya acción se ha producido dentro del plazo de 6 años previsto en el artículo 185.1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, y respecto de la inexistencia de infracción urbanística se dice: también se desestima, ya que no nos encontramos, como se ha dicho anteriormente, ante un procedimiento sancionador. Respecto a la posibilidad de legalización de la colocación del aparato de aire acondicionado hay que manifestar que de manera expresa y específica el artículo 7.5.10 del PGOU, en su apartado 2 señala: "En el caso de previsión de instalación de climatización para aire acondicionado, queda expresamente prohibida la colocación de aparatos de producción de frío que queden vistos sobre la fachada exterior de los inmuebles o que sobresalgan de la línea de fachada, debiendo en todo caso quedar integrados en la composición y formalización de la misma, y no admitiéndose su disposición arbitraria sobre el alzado del inmueble". La actuación de colocación de los aparatos de aire acondicionado en la fachada exterior del edificio, de forma arbitraria, no es compatible con la ordenación urbanística, por vulnerar el contenido de los artículos 7.5.3 y 7.5.10 del PGOU."

QUINTO.- Posición de la Sala.

Tres son las cuestiones que plantea el recurso de apelación:

-Que no existe prueba acerca de que la colocación de los aparatos en la cubierta es muy dificultosa en el caso del recurrente por tratarse de una cubierta inclinada. No existe la imposibilidad o extraordinaria dificultad que se aprecia en la sentencia.

-En segundo lugar se impugna la sentencia con base en el argumento que en la misma se contiene sobre el hecho de que son muchos los aparatos de aire en la ciudad que no cumplen la norma, sin razonar nada sobre si tales aparatos son aterieres a la norma vigente.

- Por último, que la sentencia genera una verdadera "reserva de dispensación" en la norma reglamentaria que prohíbe los aparatos en fachada y consecuencia de ella no se aplicaría tal norma en un caso concreto, el del recurrente.

La sentencia se fundamenta en una falta de motivación, en cuanto a la trascendencia de la instalación realizada por el recurrente no solo en relación con situaciones idénticas en la misma fachada, sino también por la aplicación de los preceptos que se dicen vulnerados, que en atención a las concretas condiciones del caso debe permitir la actuación.

Respecto de la primera cuestión en la que fundamenta la falta de motivación, esto es, la existencia de situaciones idénticas, no podemos compartir el argumento, y ello por cuanto debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha determinado reiteradamente que el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido (entre otras la Sentencia 14-02-1992, núm. 21/1992, Fecha BOE 17-03-1992.). El recurrente no ha solicitado licencia, pese a ser necesaria de conformidad con el artículo 169 de la LOUA, vigente a la fecha del expediente y artículo 10 de la Ordenanza municipal Reguladora de las licencias, obras y actividades de 13 de septiembre de 2012, lo que queda acreditado en el expediente administrativo, por lo que no se puede pretender la aplicación del principio de igualdad, y en consecuencia la motivación de la resolución administrativa, no incurre respecto de esta cuestión en un defecto de motivación, toda vez que en los casos de actuaciones que contradicen el planeamiento urbanístico, la Administración está obligada por imperio de la ley a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal, no teniendo posibilidad de optar entre dos o más medios distintos. Como la misma sentencia ha recogido, la infracción del derecho a la igualdad, no puede ser invocada en la ilegalidad, ya que las prescripciones del art. 14 de la Constitución



Española reconocen "la igualdad ante la ley" no "ante la ilegalidad, debiendo tenerse en cuenta que la mera tolerancia, hipotética, de la Administración respecto de instalaciones o actividades ilegales no releva a quien realiza una actuación sujeta a licencia de la necesaria obtención de la misma, dado su carácter reglado; y de otro lado, no consta si las restantes instalaciones de aire acondicionado existentes en el mismo edificio, están o no en posesión de las preceptivas licencias previas necesarias a toda instalación, toda vez que la prueba practicada se refiere a licencias solicitadas y otorgadas o no, para la colocación de unidades exteriores de aparatos de aire acondicionado en fachadas de edificios de Granada, y expedientes instruidos por protección de la legalidad urbanística y reposición de la alteración de la realidad física como consecuencia la colocación de unidades exteriores de aparatos de aire acondicionado en fachadas de edificios de Granada. Esto es, no queda acreditada la identidad de situación con las concretas instalaciones de unidades exteriores de aparatos en el mismo edificio.

Ahora bien, si se comparte con la sentencia recurrida la falta de motivación en cuanto a la trascendencia en relación a los preceptos que se consideran vulnerados en el expediente administrativo, pues ni en los informes técnicos, ni jurídicos, ni en concreto en la resolución recurrida, se ha manifestado nada acerca de las peculiaridades alegadas por el recurrente acerca del edificio, sobre su calidad constructiva, la necesidad de dotar a la vivienda de climatización para su habitabilidad y especialmente sobre la imposibilidad de situar en otro lugar las máquinas. Como recoge la sentencia, se ha dicho, y resulta de las fotografías, que la cubierta del edificio es en forma de tejado, y se alega la onerosidad y la dificultad de instalar los aparatos de aire en dicha cubierta. En el acuerdo de incoación del expediente administrativo se parte de que las obras son ilegalizables, y en el informe técnico se dispone que la legalización de las obras pasaría por la reubicación de las unidades, retirándolas de la fachada. Ahora bien, no se ha motivado la imposibilidad de legalización, a la vista de los argumentos expuestos por la parte en su escrito de alegaciones, pues nada se dice en la resolución sobre la posibilidad desde el punto de vista técnico, de otra ubicación de la instalación, ni la posibilidad de adoptar medidas conforme al apartado segundo del artículo 7.5.3. Así pues, la sentencia ha de ser confirmada, en los términos expuestos, toda vez que no estamos, como se argumenta por el Letrado de la Administración ante la no aplicación de la norma a un caso concreto, esto es, ante una "reserva de dispensación", sino ante la falta de motivación de la imposibilidad de legalización porque sea técnicamente posible la instalación del apartado de aire acondicionado en otra ubicación del edificio, a la vista de las características del inmueble puestas de manifiesto en el escrito de alegaciones de la parte recurrente, de las que nada se ha dicho y de los términos en que se redacta el apartado primero del artículo 7.5.3.

SEXTO.-Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación, si bien, no procede imponer costas de conformidad con el artículo 139.2 de la LJCA, al apreciarse dudas de hecho y de derecho.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación del Exmo. AYUNTAMIENTO DE GRANADA, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Granada, de 8 de junio de 2022 recaída en el procedimiento ordinario 740/21, que se confirma, sin hacer pronunciamiento de condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de procedencia de éste.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024120722, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto



en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

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

Diligencia.-Entregada, documentada, firmada y publicada la anterior resolución, que ha sido registrada en el Libro de Sentencias, se expide testimonio para su unión a los autos. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ