



SENTENCIA Nº 1049/2017
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA
Sección 2ª

RECURSO DE APELACION Nº 1.959/2.014

ILUSTRISIMOS SEÑORES
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
D. SANTIAGO MACHO MACHO
Dª. BELEN SÁNCHEZ VALLEJO

En Málaga, a treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación número 1.959/2.014, interpuesto por [redacted] representado por la Procuradora Sra. de Torre Padilla y asistido por la Abogada Sra. de Torre Padilla, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número TRES de Málaga y como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador Sr. Páez Gómez y asistido por el Letrado Sr. Verdier Hernández.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Suplente DOÑA BELEN SANCHEZ VALLEJO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación indicada, se interpuso en nombre de DON [redacted] recurso contencioso-administrativo frente a la dsestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 22 de marzo de 2004, dictada por la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructura del Ayuntamiento de Málaga, que en el ámbito del procedimiento para la protección de la legalidad urbanística se acordó la reposición de la realidad física alterada mediante la demolición de lo indebidamente edificado consistente en la elevación de una primera planta de 400 m2 en [redacted] estando el suelo clasificado como no urbanizable común, con apercibimiento de multas coercitivas.

Código Seguro de verificación: x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Table with 4 columns: FIRMADO POR, FECHA, ID. FIRMA, PÁGINA. Rows include names like MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO and SANTIAGO MACHO MACHO with dates and times.





El día 13 de agosto de 2007 se dicta Resolución desestimatoria expresa, ampliándose el objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencia en fecha 21 de abril de 2.014, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia, por la representación procesal de la parte recurrente, se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 1.959/2.014.

**CUARTO.-** No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo al entender que no era nulo de pleno derecho el procedimiento administrativo, al resultar aplicable las prescripciones de la Ley 7/2002; que el procedimiento no estaba caducado, y que el órgano administrativo resolutorio era competente conforme el artículo 15 del Real Decreto 3288/1978. Y en cuanto al fondo, estima el Juez de instancia, que no existe falta de motivación en la resolución administrativa impugnada, en la medida que no se discute que el suelo está clasificado como suelo no urbanizable y que la parcela tiene una superficie inferior a los 25.000 m<sup>2</sup> a que se refiere el artículo 9.3.2 del PGOU 1.997; resultando las obras ilegalizables, llamando la atención sobre el hecho de que el recurrente en su escrito de fecha 26 de junio de 2003 se limitara a decir que solicitaba licencia de obras para la continuación de las ejecutadas, siendo lo cierto que no aportó proyecto alguno. Por último, la Sentencia determina que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad cuando se ha construido una segunda planta de 400 m<sup>2</sup> sobre la primera preexistente.

El recurso de apelación se basa, en esencia, en reiterar los argumentos principales de la demanda, al considerar que:

1.- Falta de motivación de la Sentencia, en la medida que no existe en la Sentencia motivación suficiente para acordar la demolición.

2.- Falta de motivación de la Sentencia entendida como errónea interpretación de la normativa y jurisprudencia de aplicación en materia de competencia para ordenar la demolición.

3.- Infracción del principio de proporcionalidad, en concesión con el principio de buena fe y de equidad.

Código Seguro de verificación: x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARÍA BELEN SANCHEZ VALLEJO 15/06/2017 11:57:48	FECHA	20/06/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/06/2017 07:40:32			
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 20/06/2017 13:30:57			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/06/2017 13:33:47			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==	PÁGINA	2/7





La Administración apelada, se remite a los propios fundamentos de la Sentencia impugnada, por resultar ajustada a derecho.

**SEGUNDO.-** Fijadas las posturas discrepantes, precisar que el apelante considera la sentencia contraria Derecho, ante todo, al no existir motivación suficiente para acordar la demolición, así como por la errónea interpretación de la normativa y jurisprudencia de aplicación en materia de competencia para ordenar la demolición.

1.- Respecto a dicha primera alegación, a pesar de lo afirmado en este sentido por la parte recurrente, lo cierto es que la sentencia apelada aborda directamente la cuestión planteada por aquél, relacionada con la improcedencia o inadecuación a Derecho de la actividad administrativa impugnada, que, como se ha visto, no era otra que la citada resolución dictada por la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructura del Ayuntamiento de Málaga, que acordó la reposición de la realidad física alterada mediante la demolición de lo indebidamente edificado consistente en la elevación de una primera planta de 400 m2 en [REDACTED] estando el suelo clasificado como no urbanizable común. A tales efectos, la Sentencia recurrida identifica claramente las pretensiones de la actora en los fundamentos de derecho primero a cuarto, recogiendo específicamente en el fundamento de derecho cuarto, que el suelo sobre el que se edificó la construcción ilegal era SUNC, y que la parcela del recurrente tenía una superficie inferior a los 25.000 m2 a que se refiere el artículo 9.3.2 del PGOU-1997, extremos estos expresamente reconocidos por el hoy apelante, como consta en el expediente (folio 26, motivo segundo). Añade el apelante, que en su día obtuvo la calificación de protección municipal de autoconstrucción, otorgada por el Instituto Municipal de la Vivienda; petición que no ha sido acogida por la sentencia de instancia dado el carácter ilegalizable de las obras, en atención a la calificación y clasificación del suelo y la superficie de la parcela. Y como bien apunta la Administración apelada, basta remitirnos a los folios 57 y ss del expediente administrativo, en el que la Resolución dictada al efecto por el Instituto Municipal de la Vivienda, contenía la advertencia expresa que tal calificación no implica, en modo alguno, autorización para edificar o legalización urbanística, debiendo su destinatario solicitar la correspondiente licencia, y sin que se presuponga la viabilidad de la concesión de la misma.

Acto seguido, en cuanto a la necesidad de tramitar un expediente de legalización, igualmente la sentencia apelada en su fundamento de derecho cuarto, da una respuesta adecuada, en el que se confirma el carácter ilegalizable de las obras, extremo apreciado en vía administrativa, poniendo de manifiesto que el actor en su escrito de 26 de junio de 2.003 se limitó a manifestar que solicitaba licencia de obras, sin acompañar proyecto alguno. En consecuencia, constando que el suelo sobre el que se edificó la construcción era SUNC, y que la parcela del recurrente tenía una superficie inferior a los 25.000 m2 a que se refiere el artículo 9.3.2 del PGOU-1997, resulta que se ha realizado dicha obra, no amparada en licencia previa y preceptiva y que no es legalizable, por no respetar el planeamiento aplicable, siendo la consecuencia, según el artículo 183.1 de la Ley 7/2.002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, la demolición, y siendo éste un supuesto de restablecimiento de la legalidad urbanística. Datos, todos ellos, que

Código Seguro de verificación:x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 15/06/2017 11:57:48	FECHA	20/06/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/06/2017 07:40:32			
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 20/06/2017 13:30:57			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/06/2017 13:33:47			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==	PÁGINA	3/7





corroboran que la obra realizada constituye la infracción denunciada, de ahí que el Ayuntamiento demandado, independientemente de cualquier otra consideración, habrá de acordar, como así lo hizo, imperativamente la demolición de lo ilegítimamente construido y que no sea susceptible de legalización. Por tanto, en contra a lo manifestado por el apelante, tratándose, en el supuesto concreto, de obras no susceptibles de legalización, la Administración optó acertadamente por seguir el procedimiento previsto en el artículo 183 de la LOUA, y no así el procedimiento encuadrado en el artículo 182 de la LOUA, al no tratarse, visto las circunstancias que rodean el caso, de obras compatibles con la ordenación urbanística vigente.

2.- Por lo que se refiere al segundo motivo de impugnación, la falta de motivación de la Sentencia entendida como errónea interpretación de la normativa y jurisprudencia de aplicación en materia de competencia para ordenar la demolición; dicha pretensión que no es compartida por esta Sala, y ello, en virtud de los siguientes argumentos. Si nos remitimos, como bien apunta el Ayuntamiento de Málaga, al artículo 183.5 de la LOUA, atribuye la competencia para acordar la demolición de obras al Ayuntamiento, lo que no quiere decir que deba identificarse con el pleno del Ayuntamiento. El Ayuntamiento de Málaga, al amparo de los artículos 15 y ss del RGU, se ha creado la una Gerencia Municipal de Urbanismo, cuyos Estatutos, aprobados por el Pleno de la Corporación, y entre cuyas funciones se encuentra la de ordenar la restauración de la legalidad urbanística, cuando lo requieran los intereses urbanísticos (art.2.2.23), correspondiendo al Vicepresidente de la GMU y Concejal Delegado de Urbanismo ordenar el restablecimiento de la legalidad urbanístico; y todo ello asentado en su potestad de autoorganización.

Conforme a lo indicado, podemos concluir, en cuanto a la falta de motivación alegada, que basta analizar el contenido de la Sentencia apelada, para concluir que se contestan una por una a las alegaciones de las partes; resultando que los razonamientos expuestos en la Sentencia impugnada justifican, en congruencia con la exposición de hechos y de derechos, el sentido del fallo.

Expuesto el contenido de la sentencia objeto de autos, debemos precisar, al hilo de las alegaciones formuladas por el actor, que sobre todo ello, no debe olvidarse que la garantía de la necesaria fundamentación de la sentencia ( artículo 120 CE ) y del derecho a la tutela efectiva ( artículo 24 CE ), también se obtiene mediante la desestimación implícita o tácita de las alegaciones formuladas. Como el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia 2/1992 "...las exigencias de motivación que el artículo 24.1 CE impone a las resoluciones judiciales no implican necesariamente una contestación expresa a todas y cada una de las alegaciones vertidas por las partes a lo largo del proceso. Por el contrario (...), el silencio del órgano judicial respecto de alguna de las cuestiones suscitadas por las partes, puede resultar ajustado a las exigencias del artículo 24.1 CE cuando, atendidas las circunstancias del caso, pueda ser razonablemente interpretado como desestimación tácita de la argumentación esgrimida por el litigante.." (en el mismo sentido SSTC 175/90, 40/93, 246/93 y 46/96, entre otras). Recogiendo la tesis constitucional expuesta, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 31 de octubre de 1995, declaró que "...la amplitud de la motivación de los autos y sentencias judiciales (...) no autoriza a exigir un

Código Seguro de verificación:x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 15/06/2017 11:57:48	FECHA	20/06/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/06/2017 07:40:32			
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 20/06/2017 13:30:57			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/06/2017 13:33:47			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==	PÁGINA	4/7





razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, 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, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla, puesto que ello es instrumento necesario para poner claramente de manifiesto el sometimiento del Juez al ordenamiento jurídico - artículo 9.1 de la Constitución -, así como para facilitar a las partes su convicción sobre la corrección o incorrección jurídica de la decisión judicial a efectos de los posibles recursos..".

Pues bien, en el presente caso, aunque la respuesta dada a aquellas alegaciones pudiera ser escueta o no responder a las expectativas del apelante, lo cierto es que dicha respuesta existió en los términos vistos, sin que, por tanto, desde una perspectiva constitucional pueda concluirse en la insuficiencia de la justificación incorporada a la decisión judicial impugnada, que esta Sala comparte por resultar ajustada a derecho.

**TERCERO.-** Por último, en lo que respecta al principio de proporcionalidad, y su aplicabilidad a la hora de resolver sobre las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado, encuentra su plasmación legal en el artículo 182.3 LOUA, en cuya virtud reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición.

Sentado lo anterior, debemos tener en cuenta los criterios normativos contenidos en el precepto citado que, decantados de la jurisprudencia, permitirían por aplicación del principio de proporcionalidad legalizaciones aun contrarias a la ordenación urbanística; a saber, que tales supuestos son excepcionales y por tanto deben ser interpretados restrictivamente, que la disconformidad con la ordenación urbanística aplicable no debe ser sustancial, y que la reposición debe ser imposible o muy difícil, requisitos de concurrencia acumulativa.

Dicho lo anterior, y atendiendo a los criterios normativos de decisión del artículo 182.3 LOUA:

-de un lado, no estamos ante una situación excepcional atendiendo al objeto, características, y vocación de permanencia de la obra ejecutada;

-de otra parte, la disconformidad de las obras con la ordenación urbanística aplicable es sustancial, pues el suelo está clasificado como suelo no urbanizable y que la parcela tiene una superficie inferior a los 25.000 m<sup>2</sup> a que se refiere el artículo 9.3.2 del PGOU 1.997; no pudiendo hablarse de leve incumplimiento cuando se ha producido una clara infracción de la normativa urbanística (en este sentido, STS de 28-11-2001, dictada en recurso 4990/1997);

Código Seguro de verificación:x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 15/06/2017 11:57:48	FECHA	20/06/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/06/2017 07:40:32			
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 20/06/2017 13:30:57			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/06/2017 13:33:47			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==	PÁGINA	5/7





-y en tercer lugar, no estamos ante una situación de muy difícil o imposible reposición, teniendo en cuenta las características de la obra (elevación de una primera planta) y que supone la ejecución de un cuerpo autónomo respecto a la vivienda existente, de modo que es técnicamente posible su demolición sin daño para el resto de lo edificado, volviendo a su estado original.

De otro lado la decisión adoptada no es contraria a los principios de "menor demolición" y "equitativa aplicación de las normas", directamente conectados con el de proporcionalidad, a tenor de los cuáles una posible demolición debe afectar sólo a lo estrictamente indispensable para ajustar a la normativa aplicable la obra denunciada ( STS de 10-4-1996); habida cuenta que según lo expuesto la totalidad de la obra ejecutada se ve afectada por la ordenación urbanística vigente y resulta por ello ilegalizable

En definitiva, como señala la STS de 15-1-2002, dictada en recurso 155/1998, en los casos de actuaciones que, como la presente, contradicen el planeamiento urbanístico, la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad; añadiendo que la vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (artículo 103.1 de la Constitución) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición.

Por todo lo expuesto, corresponde, por tanto, la desestimación del recurso de apelación por el concurso de las anteriores consideraciones.

**CUARTO.-** En cuanto al pago de las costas procesales causadas en el recurso de apelación; y visto el resultado adverso para la parte apelante, procede condenar a su pago a la misma.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número TRES de Málaga, en los autos antes mencionados, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en la presente apelación.

Librese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación y notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer 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

Código Seguro de verificación:x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 15/06/2017 11:57:48	FECHA	20/06/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/06/2017 07:40:32			
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 20/06/2017 13:30:57			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/06/2017 13:33:47			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==	PÁGINA	6/7





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.

Firme que sea remitase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su ejecución.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

Código Seguro de verificación: x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 15/06/2017 11:57:48	FECHA	20/06/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/06/2017 07:40:32			
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 20/06/2017 13:30:57			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/06/2017 13:33:47			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	x4hAW+58S2fbwofrC3oSXA==	PÁGINA	7/7



