



SERVICIO JURIDICO PROVINCIAL

DILIGENCIA REGISTRADA con cuenta

a [Signature]

El Viso del Alcor, a [Signature]

La Secretaría General.



[Signature]

Expte. nº 384/MUN/13
(MB/as)

E N T R A D A	Ayuntamiento de
	El Viso del Alcor (Sevilla)
	06 OCT. 2015
	Nº 13646

TELEFAX

A:

D^a. ~~Anabel Bargas Jiménez~~, Alcaldesa-Presidenta del Excmo. Ayuntamiento de El Viso del Alcor (Sevilla).

TEFNO.: 955 74 04 27 (Ext.3170)

FAX: 955 94 57 02

DE: Félix ~~[Signature]~~ Letrado Jefe.

TEFNO.: 954 550 712

FAX: 954 550 031

ASUNTO: Recurso de apelación nº 442/2015, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. en Sevilla, interpuesto por D. ~~[Signature]~~ y D^a. ~~[Signature]~~, contra sentencia del Juzgado de igual clase nº 5 de Sevilla, de fecha 10 de abril de 2015, siendo la parte apelada ese Ayuntamiento.

TEXTO: En relación al recurso de referencia, acompaño Sentencia en apelación de 17 de septiembre pasado, notificada el 30 siguiente, por la que desestima la apelación y confirma la dictada por el Juzgado citado, favorable para ese Ayuntamiento.

Le comunico a su vez, que la referida Sentencia es firme.

Saludos,

[Signature]

FECHA: 5 de octubre de 2015
Nº DE HOJAS REMITIDAS: 8 (incluida ésta)

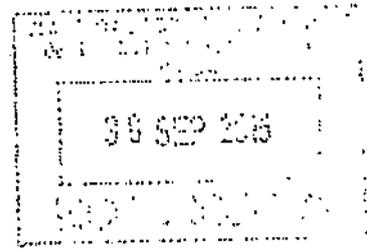
costas apelante

384/MUN/13 - RFB
- amparo 1-ultima

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SEVILLA

A/F/V

SENTENCIA



ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

- D. ~~ANTONIO DOMESTICO~~
- D. ~~JUAN SANTOS~~
- D. ~~ELI~~

En la ciudad de Sevilla, a diecisiete de septiembre de dos mil quince.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el recurso de apelación número 442/2015 interpuesto por D. ~~ANTONIO DOMESTICO~~ y DÑA. ~~ELI~~, representados por el Letrado Sr. Jiménez Falcón, contra la Sentencia de 10 de abril de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número cinco de Sevilla dictada en Procedimiento Ordinario num. 144/2013, siendo parte apelada el AYUNTAMIENTO DE EL VISO DEL ALCOR, representado por la Letrada de la Diputación Provincial de Sevilla.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. DON LUIS ARENAS IBAÑEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

• ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de abril de 2015 la Iltna. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cinco de Sevilla dictó Sentencia en el proceso indicado desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. ~~ANTONIO DOMESTICO~~ y Dña. ~~ELI~~ contra el Decreto nº 234/2013 de 19 de febrero de 2013 de la Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento del Viso del Alcor por el que, con desestimación del recurso de reposición que habían formulado frente al Decreto del mismo órgano de 15 de octubre de 2012, se acordaba continuar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado por la construcción sin licencia de una vivienda de 200m2 en parcela 17 de El Manantial, requiriéndoles para que en el plazo de un mes aportaran proyecto redactado por técnico competente y visado por su colegio profesional que contenga la demolición de la vivienda, la gestión correcta de los residuos sólidos derivados de la demolición, la reposición de la configuración del terreno a su estado anterior con nombramiento del técnico o técnicos

que asumirán la dirección de las obras y la coordinación de la Seguridad y Salud de la misma.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se presentó recurso de apelación por la parte actora, dándose traslado a la parte contraria que lo evacuó en los términos que constan.

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

CUARTO.- Señalado día para votación y Fallo, tuvo éste lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión revocatoria del recurso de apelación se sustenta en síntesis en los siguientes motivos de impugnación: A) Vulneración del principio de proporcionalidad por inaplicación de medidas sustitutorias a la demolición de la construcción previstas en los artículos 48.3 y 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. Aduce que ha de atenderse a ese principio teniendo en cuenta: la escasa entidad y el carácter no sustancial de la disconformidad de la actuación con la ordenación urbanística aplicable de acuerdo con los criterios previstos al efecto en el referido Reglamento; que el hecho de que la obra no fuera inmediatamente paralizada por el Ayuntamiento provocó que la demolición decretada afecte actualmente a una parte sustancial de la obra que en caso contrario no se habría llegado a ejecutar; y la existencia de una normativa proyectada que generaba la firme creencia y expectativa respecto al carácter legalizable de la obra una vez aprobado finalmente el planeamiento proyectado. Considera que a partir de estas circunstancias debió adoptarse otra alternativa más respetuosa con la esfera jurídica del ciudadano para alcanzar los fines tasados, como la indemnización sustitutoria del aprovechamiento urbanístico materializado sin título y el incumplimiento por equivalente, procediéndose al efecto a determinar la cantidad en metálico, obra o terreno que se entendería necesaria y adecuada para indemnizar por equivalencia el exceso de aprovechamiento materializado sin título de forma tal que el interés general quede satisfecho. B) Vulneración del principio de menor demolición. Argumenta en éste apartado de acuerdo con la jurisprudencia que cita que si como consecuencia de la modificación del planeamiento resultara que la edificación en cuestión va a ser legalizable una vez finalizado el proceso de aprobación del mismo podría, y casi debería, demorarse su demolición -medida drástica a aplicar con restricción y mesura- evitando así que se pueda derribar lo construido para luego volver a edificarlo legalmente; de modo que ante la existencia de un documento de planeamiento aprobado inicial y provisionalmente, y aceptadas las alegaciones de la Comunidad de Propietarios

en que su ubica su finca en el sentido de autorizar la ampliación del número de viviendas y de la edificabilidad, la demolición acordada ha de ser suspendida durante el procedimiento de aprobación del planeamiento que establezca la nueva ordenación que ampare la legalización de las obras y hasta que el Plan General entre en vigor.

La defensa municipal aduce en primer término que los demandantes incumplieron la orden de suspensión de las obras acordada por Decreto de julio de 2012; que la segregación solicitada en enero de 2013 no era autorizable según el artículo 96 de las NNSS vigentes en El Viso del Alcor por ser la parcela indivisible de acuerdo con el artículo 45 de esas NNSS y con el artículo 67.a) y c) LOUA teniendo en cuenta que la edificabilidad máxima permitida en la zona de ~~Residencial~~ es de 200m²; y que el planeamiento a tomar en consideración es el vigente al momento de resolver el expediente, no las normas de un planeamiento futuro e incierto que implica la aprobación definitiva por la Consejería competente en materia de urbanismo, y la aprobación de un Plan Especial de Reforma Interior, junto al establecimiento de una Junta de Compensación y la aprobación y ejecución de los correspondientes Proyectos de Reparcelación y Urbanización. Tras referirse al valor superior de los informes de los técnicos municipales y a la corrección de la valoración de las obras ejecutadas ilegalmente concluye que no es aplicable en este caso el principio de proporcionalidad pues la obra ejecutada sin licencia contraviene total y absolutamente el planeamiento urbanístico, como tampoco el de menor demolición pues toda la obra vulnera esa ordenación urbanística.

SEGUNDO.- La actuación objeto de la medida municipal impugnada consiste, como expresa la Sentencia de instancia en concordancia con la actuación inspectora e informes técnicos obrantes en el expediente en la ejecución sin licencia urbanística de una vivienda de 195m² en la parcela n^o 17 de "~~Residencial~~" sita en Viso del Alcor, Sevilla.

Sobre esa parcela ya existían tres cuerpos edificatorios construidos con anterioridad consistentes en una vivienda de 115m², un cobertizo de 48m², y una caseta de 36m²; en total 199m² construidos.

La parcela en cuestión se encuentra ubicada en el Suelo Urbano zona R-5 regulada por los artículos 45 y ss de las normas urbanísticas de las Normas Subsidiarias de Planamiento Municipal (NSPM) aprobadas el 2 de noviembre de 1999 vigentes a la fecha. El citado artículo 45 establece en su apartado 2 que las condiciones de uso de las parcelas permitiendo el uso residencial unifamiliar y en su apartado 3.b) que la ocupación de la parcela por la edificación no puede ser superior de 200m².

Por tanto, la nueva construcción, sumada a la superficie ya construida existente sobre la parcela, supone una superficie ocupada de 394m² muy superior (casi el doble) al máximo de 200m² establecido por el artículo 45.3.b) NSPM; y comporta además el paso del uso residencial unifamiliar al uso bifamiliar que no está permitido en esta

parcela según el artículo 45.2 de las referida normativa.

TERCERO.- Los principios de proporcionalidad y menor demolición en que la parte apelante fundamenta su pretensión revocatoria tienen encaje, en lo que comprende al restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada, en el apartado 3 del artículo 182 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), cuando dispone al respecto de legalización de actos y usos realizados sin la necesaria cobertura de una licencia urbanística, que 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. Se trata por tanto de supuestos son excepcionales que por tanto deben ser interpretados restrictivamente, exigiendo su aplicación que la disconformidad con la ordenación urbanística aplicable no sea sustancial, y que la reposición sea imposible o muy difícil, requisitos de concurrencia acumulativa.

En desarrollo de dicha previsión legal el artículo 48.4 del Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (RDUA), aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo, dispone como criterios a considerar, entre otros, para determinar la sustancialidad o no de la disconformidad con la ordenación urbanística, los siguientes: a) Superficie que exceda de lo autorizado. b) Visibilidad desde la vía pública. c) Incidencia de la obra edificada en el resto del conjunto edificatorio. d) Solidez de la obra ejecutada. e) Afeción a barreras arquitectónicas.

Aplicando estas previsiones normativas a las circunstancias concurrentes en el supuesto que examinamos es claro que la medida acordada por el Ayuntamiento de reposición de la realidad física alterada con demolición de lo construido sin licencia es respetuosa con los principios enunciados. De una parte, la vulneración de la normativa urbanística municipal es sustancial, tanto en lo relativo a la edificabilidad (que ya se había agotado con las construcciones preexistentes) como en lo referente al uso residencial admisible en la parcela (unifamiliar). De otra, la ejecución de la medida es posible tanto jurídica como materialmente, mediante la demolición del nuevo cuerpo edificatorio construido. Y finalmente, en lo que respecta al principio de menor demolición, la nueva construcción contradice en su totalidad la ordenación urbanística en vigor antes enunciada.

Esta decisión es acorde con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular. Así, en la Sentencia de la Sala 3ª sec. 5ª de 31 de enero de 2012 dictada en recurso de casación 3210/2008, se razona lo que sigue: "es aplicable la jurisprudencia de esta Sala surgida precisamente con motivo de la restauración de la legalidad urbanística, de la que es representativa la STS de esta Sala de 28 de marzo de 2006 EDJ 2006/83949, en la que indicamos que "Esta Sala del Tribunal Supremo, en contra de la referida tesis, ha declarado repetidamente que *en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física*

alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad (Sentencias de 28 de abril de 2000 EDJ 2000/9061 , 15 de octubre de 2001 EDJ 2001/35548 , 23 de octubre de 2001 EDJ 2001/49721 y 2 de octubre de 2002 EDJ 2002/42791)". Y la de 2-10-02 declara: "En los casos de actuaciones que, como la que se enjuicia, 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 (así se declara, por ejemplo, en los mismos casos resueltos en las sentencias de 16 de mayo de 1990 EDJ 1990/5139 (14) y de 3 de diciembre de 1991 EDJ 1991/11858) por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad. La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (art. 103.1 (9) CE) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición "

CUARTO.- Siendo lo anteriormente razonado suficiente para desestimar la apelación debemos realizar no obstante, y a mayor abundamiento, otras consideraciones al respecto de lo argumentado por los demandantes.

En primer lugar, ninguna responsabilidad cabe achacar al Ayuntamiento en los términos que se plantean en tanto que formulada denuncia por la Policía Local encargada de la inspección de obras el 17 de mayo de 2012, y emitidos los correspondientes informes técnico y jurídico de 19 y 25 de junio de 2012, adopta sólo quince días después, mediante Decreto de 10 de julio de 2012, la orden de suspensión de los actos edificatorios. Por el contrario, lo sucedido es de la exclusiva responsabilidad de los demandantes que pese a carcer de la preceptiva licencia de obras (de inexorable y conocida obtención) y conocer la ilicitud de la construcción (admiten que no es conforme con la normativa vigente al referir que únicamente podría quedar amparada por una futura modificación del planeamiento) ejecutan la misma hasta su finalización, conducta ilícita de la que deben responder, soportando en consecuencia los perjuicios que de ella se derivan, en particular de la ejecución de la medida de restablecimiento adoptada.

En segundo lugar, la medida de cumplimiento por equivalencia regulada en el artículo 51 RDUA no es de aplicación al caso de autos, pues está prevista para situaciones distintas a la presente en que concurra causa de imposibilidad material o legal de ejecutar la resolución que acordara la reposición de la realidad física alterada en sus propios términos. Lo cierto es que ni la normativa urbanística vigente ni las características de la obra impiden la ejecución de la demolición acordada.

Por último, en lo que respecta a una pretendida y futura modificación del planeamiento municipal, ha de responderse que la normativa a tomar en consideración a la hora de resolver el expediente de protección de la legalidad urbanística es la vigente al tiempo de resolverlo, y no desde luego la que en el futuro pudiera derivarse de una modificación del planeamiento como aquella a la que alude la parte actora. Así resulta de lo establecido en el artículo 182.1 LOUA, a tenor del cuál: "El restablecimiento del

orden jurídico perturbado...tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente."

Y así ha sido declarado también por esta Sala en Sentencia de 16 de junio de 2011 dictada en recurso de apelación 212/2011 en la que razonábamos que este tipo de procedimiento ha de resolverse en todo caso de acuerdo con la ordenación urbanística en vigor; no pudiendo tomarse en consideración por tanto a los efectos que nos ocupan la actual tramitación de un documento de Plan General de Ordenación Urbana para el municipio, más cuando se desconoce su contenido y resultado definitivo.

Es más, ni siquiera la aprobación definitiva del documento a que se refiere la parte actora (si es que se produce por parte de la Consejería competente en materia de urbanismo en los términos que la parte apelante afirma) comportaría la legalización de la vivienda construida; pues para ello, como bien sostiene la defensa municipal, sería precisa la sucesiva y compleja tramitación, aprobación y ejecución de un Plan Especial de Reforma Interior, y de los correspondientes Proyectos de Reparcelación y Urbanización para, a la vista del contenido de unos y otros, valorar tal posibilidad.

En definitiva, estamos ante una potestad, la de disciplina urbanística, que es indisponible, de obligado ejercicio por la Administración titular de la competencia, de ahí el carácter imperativo con la que se regula en la LOUA. De modo que ante una actuación como la que nos ocupa manifiestamente incompatible con la legislación urbanística vigente, la única actuación posible, y obligada para el Ayuntamiento, era la de tramitar un procedimiento reglado para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada que había de culminar necesariamente, como así fue, con la orden de demolición a tenor de lo dispuesto en los artículos 182.1 y 183.1 LOUA

QUINTO.- Conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede la imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, fija en 600 euros la cantidad máxima a repercutir en concepto de honorarios de Letrado de la Administración demandada atendiendo a tal efecto a las circunstancias y complejidad del asunto, y a su actividad procesal en esta instancia circunscrita a la formulación del escrito de oposición a la apelación.

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. ~~XXXXXXXXXX~~
~~Beatriz Carrasco~~ y Dña. ~~Encarnación Oliva Santos~~ contra la Sentencia de 10 de abril de
2015 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número cinco de Sevilla dictada en
Procedimiento Ordinario num. 144/2013. Se imponen a la parte apelante las costas
procesales causadas en esta segunda instancia en los términos señalados en el
Fundamento de Derecho quinto de esta Sentencia.

Háganse las anotaciones pertinentes y devuélvanse los autos y el expediente
administrativo al órgano remitente para su debido cumplimiento.

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