

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Licencia municipal de actividad . Tutela cautelar: procedencia. Orden de cese de una actividad de arrendamiento de apartamentos turísticos que lleva realizando, en base a títulos jurídicos, ahora discutidos si son suficientes para tal actividad, desde el año 1999, y con la tolerancia de la Administración municipal. Daño resarcible y daño reversible.

Es objeto del presente recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Mojácar (Almería), el Auto nº 166/2019, de 30 de mayo, cuya parte dispositiva dice así:

"Se acuerda la adopción de la medida cautelar interesada por el Letrado, D.A. en nombre y representación de la mercantil M., en el expediente 2982/2018, consistente en la suspensión de la ejecución de la orden de cese de uso de apartamentos turísticos impuesta a la recurrente, como medida cautelar."

La resolución que queda suspendida es la resolución de fecha 20 de diciembre de 2018, que ordenó el cese de la actividad de uso de apartamentos turísticos. El Auto justifica la medida de suspensión porque de ejecutarse causaría graves perjuicios a la recurrente, consistentes en la pérdida de ganancia, así como de empleos, perjuicios de muy difícil reparación, en el caso de que se estimara la demanda. Entiende el Juzgado de instancia que también concurre la apariencia de buen derecho legal y jurisprudencialmente exigida, por cuanto que, en principio, la recurrente cuenta desde el año 2000 con la oportuna licencia de autorización y funcionamiento de la actividad de apartamento turístico concedida por la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de la Junta de Andalucía, así como con la oportuna licencia de ocupación, y declaraciones responsables.

El recurso de apelación se basa en primer lugar en que no existe pérdida de la finalidad legítima del recurso (*periculum in mora*), señalando también una motivación previa de error en la motivación del Auto en la decisión de adoptar la medida cautelar. Aduce que los perjuicios aludidos de contrario no justifican que el recurso pierda su finalidad legítima, pues nada impide

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla. Se incluyen las sentencias aparecidas en los repertorios entre el 1 de diciembre de 2019 y el 31 de marzo de 2020, aunque algunas estén fechadas con anterioridad a ese período.

que si el fallo le beneficia pudiera retomar la actividad y contratar al personal cesado. Añade que el único daño real en ese supuesto sería el económico, que en todo caso es resarcible. Señala el Ayuntamiento demandado y ahora apelante en que lo que ha pedido la mercantil actora con la medida cautelar es continuar con el ejercicio ilícito de su actividad económica sin licencia urbanística municipal, de apertura o actividad, en contra de una orden de cese adoptada por el Ayuntamiento en ejercicio de sus competencias y que goza de presunción legal de validez.

Entrando a examinar este primer motivo de impugnación conviene tener en cuenta que las medidas cautelares contencioso-administrativas forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y, como dice el ATS de 14.09.2017 (RC 543/2017) las medidas cautelares no constituyen una excepción, sino *"un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican")... Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria."*

El primer requisito que en la adopción de la medida cautelar ha de contemplarse es el *periculum in mora*, esto es la necesidad de evitar que el lapso temporal necesario que transcurre hasta que se dicta sentencia firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como dice el art. 129 LJCA. Pues bien, en este caso esta Sala aprecia que la apreciación realizada por el Juez de instancia es acertada y conforme con los perjuicios que de modo indiciario ha tenido por acreditados, por tanto de no adoptarse la medida cautelar solicitada si se produciría la pérdida de la finalidad legítima del recurso.

Ello porque la recurrente lo que impugna es la orden de cese de una actividad de arrendamiento de apartamentos turísticos que lleva realizando, en base a títulos jurídicos, ahora discutidos si son suficientes para tal actividad, desde el año 1999, y con la tolerancia de la Administración municipal, que no actúa sino hasta que en el año 2018 adopta una medida de cese por no disponer de la autorización administrativa correspondiente. Por tanto dicha actividad ha

estado desarrollándose durante muchos años, sin impedimento alguno de la Administración municipal, que reacciona tras varios años.

El Ayuntamiento sostiene que como cualquier perjuicio en esta materia es indemnizable no existe pérdida de la finalidad legítima del recurso, pues en todo caso obtendría reparación. Pero en este punto ha de distinguirse entre daño resarcible y daño reversible, que son nociones cercanas pero distintas, es posible que el daño fuera resarcible, pero una actividad como la de alquiler de apartamentos turísticos, que se utiliza y anuncia a través de páginas web, es irreversible si tras varios años que dura el proceso en las diversas instancias se mantiene cerrado, tal como dice de contrario la empresa actora, como son daños en la imagen y en el mercado de las plataformas digitales, que puede ocasionar perjuicios que serían difícilmente reversibles. Por tanto, si se da el requisito de periculum in mora o pérdida de la finalidad legítima del recurso de no concederse la medida cautelar solicitada y que acertadamente concedió el Juzgado a quo.

El Tribunal Supremo en múltiples sentencias (las más características son en demolición de viviendas pero extrapolares a supuestos de licencias de apertura) sigue esta misma idea de la irreversibilidad. Así la STS de 2.12.2002 (RC 3322/2000) nos dice:

"Y, hemos añadido (sin perjuicio de otras matizaciones), que ha de entenderse que pierde su finalidad legítima el recurso, si de ejecutarse el acto se creasen situaciones irreversibles haciendo ineficaz la sentencia e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad. Se trata en definitiva de preservar lo que se ha denominado "el efecto sutil" de la sentencia".

La STS de 22.05.2007 (RC 10708/2004. Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Peces Morate) en el mismo sentido y con cita a otras resoluciones dice:

"El Tribunal a quo no declara que exista urgencia en construir el vial tal y como está diseñado en las determinaciones del planeamiento impugnado, mientras que, de llevarse a cabo la destrucción del edificio a pesar de llegarse a la conclusión jurisdiccional definitiva de que procede su conservación, la situación, como afirma la representación procesal del recurrente, resultaría irreversible, por lo que el recurso contencioso-administrativo habría perdido su legítima finalidad, lo que conlleva la estimación del motivo de casación alegado, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, recogida, entre otras, en Sentencias de fechas 12 de febrero, 16 de marzo y 25 de mayo de 2004 (recursos de casación 2155, 2267 y 3449 de 2002) y 5 de octubre de 2005 (recurso de casación 2754/2003)".

Alude el Ayuntamiento apelante a la presunción legal de validez de la resolución impugnada, pero esa presunción es iuris tantum y no iuris et de

iure, y porque en el incidente de medidas cautelares las dos partes están en igual posición debiendo ponderar los intereses de ambas. En este caso también debe tenerse en cuenta el tiempo que lleva dicha empresa en tal actividad, desde el año 1999, que permite inferir el escaso perjuicio para el Ayuntamiento, pues durante años ha tolerado tal actividad. En este mismo sentido de tener en cuenta el tiempo podemos citar la STSJ de Andalucía, Málaga, de 27.02.2019 (Rec. 1299/2016) que nos dice a este respecto:

"Así las cosas, a diferencia de lo que razona la resolución de instancia, se entiende que el derribo cuya suspensión se interesa afecta a un interés privado digno de protección que resultaría defraudado en el caso de no acceder a la tutela cautelar interesada. Las construcciones concernidas se encuentran sitas en una parcela destinada a uso residencial y muy próximas a el espacio habitable de la casa. Así se observa la presencia de un interés privado concreto que se traduciría en un perjuicio difícilmente resarcible en su identidad respecto de la pretensión principal, frente al más genérico interés público devaluado en su urgencia por el transcurso del tiempo desde que se refiere por primera vez el acta de inspección de fecha 21 de abril de 2010. Este aspecto temporal resulta decisivo para concluir que la tutela cautelar interesada no representa una perturbación significativa para el interés general ni el de terceros, pues la propia inercia administrativa descarta la concurrencia de una necesidad de demolición inminente, que sea incompatible con la suspensión de la orden de derribo entre tanto se sustancia el recurso contencioso administrativo, preservando de esta manera incólume la pretensión actora comprometida en caso de ejecución administrativa, lo que conduce a la estimación del recurso de apelación interpuesto y a la revocación de la resolución apelada para acordar en su lugar la suspensión cautelar de la orden de ejecución de demolición de las obras desarrolladas".

En segundo lugar aduce el Ayuntamiento que existe perturbación grave de los intereses generales y de terceros. Alude a que en folios 3,25 y 27 del expediente existen quejas al desarrollo de la actividad.

Pero ante los perjuicios antes reseñados para la mercantil recurrente, los perjuicios a los intereses generales no se aprecian de una envergadura que permita desconocer los perjuicios particulares de la actora. Y es que el Ayuntamiento opone la aplicación de la ley y la validez del acto administrativo, que se aprecian tenues ante el perjuicio de mantener cerrados los once apartamentos con los perjuicios antes examinados, pese también a los perjuicios de terceros que no fueron planteados en la primera instancia, y que tampoco se aprecian de gravedad en comparación con el cierre de la actividad durante años.

En lo relativo a la ponderación de intereses enfrentados cumple citar la sentencia de esta misma Sala de fecha 26 de octubre de 2015, en la que se manifestó:

"Consecuentemente, los elementos básicos a considerar son, por una parte, la existencia o no de daños o perjuicios de imposible o difícil reparación alegados como riesgo para la pérdida de la finalidad legítima de la sentencia y, por otra, la ponderación de la medida en que los intereses públicos exija la ejecución para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego. Y así, como ha reiterado la doctrina de esta Sala, cuando las exigencias de ejecución que el interés público representa son tenues, pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; y, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración pueden determinarla suspensión, pues la tutela cautelar no supone adelantarla tutela que, en su caso, pudiera otorgarse por la sentencia definitiva, sino posibilitar que cuando ésta se dicte esa tutela sea realmente efectiva."

Por tanto y porque el daño al interés público se aprecia como menor frente al daño que puede producirse y de carácter irreversible, procede la desestimación del recurso de apelación y confirmar los acertados razonamientos del Auto impugnado.

En cuanto a la cautela o garantía que exige el Ayuntamiento, debe desestimarse por cuanto no se aprecia que garantía económica permite aplicar al perjuicio invocado por el Ayuntamiento, que fundamentalmente es de aplicación de la legalidad. Hemos de señalar que la jurisprudencia ha establecido fundamentalmente la aplicación de la garantía en aquellos asuntos de contenido económico, fundamentalmente tributario, e incluso con bastante margen de discrecionalidad para el órgano judicial que decide sobre la medida cautelar. Así puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de noviembre de 2012, que señala:

"Aunque es cierto que la falta de ingreso de la deuda tributaria suspendida genera el perjuicio propio de esa omisión, esto por sí sólo no deberá convertirse en tesis general, pues si ello fuera así, en todo acto de contenido económico que suponga un ingreso para la Hacienda, no sería posible la suspensión sin previo aval. Como señala la sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 2012, citando la de 15 de diciembre de 2011, "dicho artículo (133 L.J.) otorga un amplio margen de apreciación al órgano judicial que debe valorar la conveniencia de establecer la garantía en cada caso, conciliando y ponderando todos los intereses que estén afectados de la contienda judicial y sean dignos de protección provisional,..."

Aunque no deben perderse de vista los perjuicios a la Hacienda, que deben probarse en cada caso, lo que aquí no se ha hecho, no hay que olvidar tampoco, la imposibilidad que representa para el recurrente obtener un aval cuando sus bienes están sujetos a cargas inmobiliarias, como parece decir la sentencia recurrida, imposibilidad que haría inoperante una suspensión procedente por darse los presupuestos establecidos en el artículo 130 L.J."

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por las razones antes expuestas. En cuanto a costas procede la imposición al Ayuntamiento que ha interpuesto el recurso de apelación, en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional, si bien deben limitarse las mismas a un máximo de quinientos euros.

(St. de 27 de febrero de 2020. Sala de Granada. Ponente Martínez García)

I. ACTO ADMINISTRATIVO. LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN

Según el artículo 28.2 del Texto Refundido de la Ley Catastral, las nuevas construcciones deberán declararse "desde la fecha de terminación de las obras" y no desde la subsanación de deficiencias en la obra, o cuando se resuelvan las demandas por responsabilidad a que hace referencia la LOE.

Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 9 de diciembre de 2016 del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (TEARA), Sala de Granada.

La Resolución administrativa expresa desestima la reclamación económico administrativa nº 18/3038/2014, interpuesta por P.P. contra el Acuerdo de alteración catastral dictado el día 11 de julio de 2014 por la Gerencia Territorial del Catastro de Granada relativo a los inmuebles con referencia catastral 4714206VG4141D-002 a 0033.

Este acuerdo fue confirmado en reposición mediante resolución de 21 de octubre de 2014, que fue impugnado el día 14 de noviembre de 2014 mediante la reclamación económico administrativa señalada.

Razona la resolución impugnada del TEARA que con arreglo al artículo 7.4 del Texto Refundido de la Ley del Catastro, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2004, tienen la consideración de construcciones los "edificios sean cualesquiera los materiales de que estén contruidos y el uso a que se destinen siempre que se encuentren unidos permanentemente al suelo y con independencia de que se alcen sobre su superficie o se hallen enclavados en el subsuelo y de que puedan ser transportados o desmontados".

Y que el artículo 16.2.a) de la misma norma establece que deben ser objeto de declaración o comunicación las "nuevas construcciones", por lo que la terminación de una edificación o nueva construcción debe incorporarse al

Catastro el inmueble, siendo irrelevante la fecha en que sea concedida la licencia municipal.

De tal forma que como consta en el expediente el certificado final de obra de fecha 16 de abril de 2010, es irrelevante la fecha de la que hubiese habido una demanda por defectos en la construcción, ya que el certificado final de obra no ha sido anulado, y por tanto el día 16 de abril de 2010 es el momento de finalización de la construcción.

La parte recurrente, en síntesis, sostiene que el certificado final de obra es de 16 de abril de 2010, pero que la de se concedió el día 24 de agosto de 2015, una vez solventadas las deficiencias constructivas de la edificación, que llevaron a un procedimiento judicial iniciado mediante demanda de 1 de septiembre de 2014, y seguido ante el Juzgado de Instancia nº 12 de Granada y que terminó mediante Sentencia de 29 de noviembre de 2016 que atribuye los defectos de ejecución material al arquitecto técnico como director de ejecución de la obra.

Se expone que hubo una instalación eléctrica inadecuada, y que las deficiencias fueran subsanadas el día 29 de noviembre de 2011, y que todos estos defectos constructivos ponen de manifiesto que el director de obra emitió el certificado final de obra cuando no estaba terminada y por tanto se solicita que no se tenga por finalizada la construcción hasta octubre de 2013, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley del Catastro Inmobiliario, en relación con el artículo 17 de la misma ley, ya que hasta octubre de 2013 no estuvo terminada la obra.

Se opone al recurso la Administración demandada, a través de la Abogacía del Estado, que considera conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada.

Expone la parte demandada que la mercantil recurrente aporta una resolución judicial de 2016 que condena al arquitecto director y al arquitecto técnico a indemnizar a la actora con 6.927,74 euros por defectos en las instalaciones eléctricas, pero esa Sentencia, que existía a la fecha de la resolución del TEARA, no se aportó al proceso económico administrativo, por lo que la resolución impugnada es ajustada a Derecho.

Además, se alega que el certificado de terminación de obras de 2010 no se ha anulado por el Juzgado en sentencia, que solo declara que una pequeña parte de la obra está mal ejecutada y condena a los técnicos a una indemnización por una instalación eléctrica, pero la obra estaba terminada, con independencia del uso al que fuese a destinarse.

De tal manera que, concluye el Abogado del Estado, con arreglo al artículo 7.4 de la Ley del Catastro Inmobiliario, el edificio tenía la consideración de construcción, por lo que solicita la desestimación del recurso.

El principal motivo de impugnación en que se sustenta la demanda es que la edificación, pese al certificado final de obra de 2010, adolecía de defectos constructivos que deben determinar que sea la fecha de subsanación de los mismos, en 2013, la fecha que deba tenerse en cuenta para la modificación catastral.

Resulta de aplicación del artículo 16.2 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro, así como el artículo 28.2 del Real Decreto 417/2006, y según estas normas hay que atender a la fecha de terminación de las obras en los casos de alteraciones catastrales.

Consta, como se ha expuesto, que se emitió certificado final de obra el día 16 de abril de 2010, y por tanto conforme al citado artículo 16.2 desde esa fecha se tiene por producida la terminación de la obra.

Resulta indiferente que la obra, ya terminada, tuviera instalación eléctrica perfecta o con algunas deficiencias subsanables, puesto que la norma citada no exige que haya instalación eléctrica para que se tenga por terminada la obra, ni tampoco exige que la obra esté terminada sin deficiencias.

Es muy habitual que una obra terminada a los efectos catastrales sea posteriormente objeto de un proceso por responsabilidad por defectos en la construcción, con arreglo a la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE). Pero tales procesos civiles de reparación de diversos daños no alteran el hecho de que la obra estaba terminada a los efectos catastrales.

La tesis que postula la parte recurrente en este proceso es que como hubo defectos de ejecución en la obra (en este caso en la instalación eléctrica) hasta que no fueron subsanados tales defectos no se terminó realmente la obra.

Sin embargo, este planteamiento no puede prosperar, ya que carece de base legal, puesto que el citado artículo 16.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004 no exige para la alteración catastral que la obra esté terminada sin deficiencias, o con una instalación eléctrica perfecta, o sin demandas civiles por defectos de ejecución.

El artículo 16.2.a) es muy claro en su tenor cuando hace referencia a la "realización de nuevas construcciones" que, según el artículo 28.2 del reglamento, deberán declararse "desde la fecha de terminación de las obras".

Y estas normas no señalan, ni pueden ser interpretadas en el sentido que propugna la demanda, "desde la subsanación de deficiencias en la obra", o "cuando se resuelvan las demandas por responsabilidad a que hace referencia la LOE", que es lo que se pretende en este proceso.

Por tanto, no es posible que se aplique la alteración en la descripción catastral desde 2013, ya que las obras estaban terminadas, según consta en el expediente administrativo, de acuerdo con el certificado final de obra, en el año 2010. Y las deficiencias menores en la instalación eléctrica no modifican el hecho no controvertido de que la obra estaba terminada en 2013.

Pero es que, además, los defectos en la instalación eléctrica a que se refiere la Sentencia nº 127/2016, de fecha 29 de noviembre de 2016, del Juzgado de Instancia nº 12 de Granada, eran defectos menores, de apenas 6.927,74 euros, que es una cantidad insignificante en relación con el volumen de la obra, y que pone de manifiesto que eran defectos claramente menores que no impiden que se pueda tener por terminada la obra.

Si se lee con detenimiento la citada sentencia, se constata que tales defectos son atribuibles a la propia recurrente P.P. como señala la Sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto in fine, cuando expresa lo siguiente:

"teniendo en cuenta que la acción no la ejercita un tercero ajeno a la construcción, sino el promotor-constructor (P.P.) persona jurídica que asume la iniciativa del proceso y garantiza los daños materiales que el edificio pueda sufrir, el promotor ha de responder solidariamente con los demás agentes de la construcción (...) determina la parte de responsabilidad del actor - P.P. de 1/4 parte de la cantidad a abonar".

De tal forma que P.P. es responsable solidaria de los defectos en la instalación eléctrica. Por lo que la presente demanda resulta contraria a un principio general del Derecho expresado en el aforismo latino "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", puesto que los defectos en la instalación eléctrica (que no suponen en ningún caso que la obra no estuviera terminada) son atribuibles a la propia empresa recurrente, que no es admisible que pretenda en este proceso beneficiarse de sus propios defectos en la instalación eléctrica, defectos y responsabilidad en la instalación eléctrica recogidos en una Sentencia firme.

En definitiva, la actuación administrativa impugnada que considera terminada la obra desde el certificado final de obra se considera conforme a Derecho, lo que obliga a desestimar el recurso interpuesto.

Procede la imposición de costas de esta instancia ya que se ha desestimado la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA,

si bien se limita el importe de las costas a la cantidad máxima de 1.500 euros por el concepto de Letrado.

(St. de 11 de febrero de 2020. Sala de Granada. Ponente Gollonet Teruel)

IV. BIENES PUBLICOS. DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE

Ocupación e instalaciones por un municipio. Infracción grave ex 90.2.c de la Ley de Costas. Criterios de cuantificación de la sanción.

“Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de fecha 7 de julio de 2017, dictada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Media Ambiente, en el expediente ADM/17/04/SC/0000403.

La resolución de 7 de julio de 2017 desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de fecha 2 de marzo de 2017, dictada por el Servicio Provincial de Costas en Almería

Las Resoluciones impugnadas acuerdan imponer al Ayuntamiento recurrente una sanción administrativa de multa, por importe de 35.000 euros, e impone la obligación de demoler y retirar del dominio público marítimo terrestre y de sus servidumbres las obras objeto del expediente sancionador, por la comisión de la infracción prevista en el artículo 90.2.c) de la Ley de Costas, en relación con el artículo 97.1 .c) de la misma norma.

Los hechos por los que se sanciona consisten en la instalación no autorizada en zona de dominio público marítimo terrestre de feria ocupando una extensión de 3.500 metros cuadrados sobre la arena de la playa, en el lugar de Los Barranquicos, en el término municipal de Carboneras (Almería), entre los mojones M-21 y M-25, del expediente de deslinde DL-CA-2.

Entiende la parte recurrente, en su escrito de demanda, que las resoluciones impugnadas deben ser anuladas y alega 1) que se infringen los principios de tipicidad y proporcionalidad, 2) derivado de lo anterior, la infracción cometida debería calificarse como leve, lo que supondría que se habría producido la prescripción, y 3) que no se ha aplicado la atenuante prevista en el artículo 97.3 de la Ley de Costas, porque las instalaciones estaban retiradas, y se había procedido por tanto a corregir la situación creada por la comisión de la infracción, por lo que se debería haber reducido la cuantía de la multa a la mitad.

Por todo ello se solicita la anulación de la sanción impuesta, o, subsidiariamente, que se imponga una sanción por importe de 487,5 euros, o de 1953,30 euros, o de 5.520 euros.

Entiende la Administración demandada que deben confirmarse las resoluciones impugnadas, ya que 1) no se considera vulnerado el principio de tipicidad ni el de proporcionalidad, 2) no se ha producido la prescripción y 3) el cálculo de la sanción realizado es conforme a Derecho y no cabe la aplicación de la atenuante del artículo 97.3 de la Ley de Costas, porque no hubo requerimiento y las instalaciones se retiraron tras la conclusión de la feria.

El artículo 90.2.c) de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, en su redacción vigente en la fecha de los hechos, establece que son infracciones graves "la ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo terrestre, así como el aumento de superficie, volumen o altura construidos sobre los autorizados".

En base a esa norma, se ha sancionado al Ayuntamiento de Carboneras (Almería), por haber instalado una feria ocupando 3.500 metros cuadrados, en la zona del dominio público marítimo terrestre, sin autorización ni título habilitante, en junio de 2015.

No se discute en este proceso que hubo una ocupación no autorizada del dominio público marítimo terrestre por el Ayuntamiento de Carboneras, hecho reconocido expresamente en la demanda, y que está suficientemente acreditado con la denuncia de 8 de junio de 2015 que obra al expediente administrativo (sin foliar) y las fotografías anexas a la misma.

El primer motivo que alega la corporación local recurrente hace referencia a que se infringe el principio de tipicidad porque se trata la feria como una unidad o "instalación gigante de 3.500 m²" cuando se trata de una actividad donde puede haber ocupación del dominio público sin instalación alguna, y que el artículo 90.2.c) requiere "obras o instalaciones" no autorizadas en el dominio público, pero en ningún caso se refiere a superficie ocupada por las instalaciones, ya que esa sería otra infracción, de carácter leve, prevista en el artículo 91, que hace referencia a "ocupación del dominio público marítimo terrestre".

Frente a la alegación de que no hay "ejecución de instalaciones" en el dominio público marítimo terrestre, basta acudir a cualquiera de las fotografías unidas a la denuncia, donde claramente, sin lugar a dudas, se observa de

forma notoria que hay atracciones de feria, como un carrusel o tiovivo, y otras atracciones.

Es manifiesto que tales instalaciones no autorizadas en el dominio público marítimo terrestre integran el tipo antes señalado, esto es, el artículo 90.2.c) de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, en su redacción vigente en la fecha de los hechos, que establece que son infracciones graves "la ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo terrestre, así como el aumento de superficie, volumen o altura construidos sobre los autorizados", y que se ha incumplido en este caso, pues durante las conocidas como "fiestas del pescador" se han realizado de forma no autorizada una serie de instalaciones en zona de dominio público.

No todas las instalaciones de la feria conforman una unidad entendida como una "instalación gigante", pero sí que hay una unidad resultante del conjunto de las instalaciones diversas integradas en una misma feria, por lo que se ha vulnerado el artículo 90.2.c) de la Ley de costas.

No hay, por tanto, ninguna infracción del principio de tipicidad. Y al tratarse de una infracción grave, no se ha producido la prescripción, puesto que no han transcurrido los plazos establecidos en la ley para la prescripción de las infracciones graves.

Se alega igualmente que las resoluciones impugnadas infringen el principio de proporcionalidad.

Se indica por la parte actora que hay desproporción, error en el uso de los parámetros que determinan la sanción, pues se debería haber utilizado otro criterio que el de aplicar 20 euros por metro cuadrado (lo que da 70.000 euros, aunque la sanción es por el 50%), que no se corresponde con la valoración de las instalaciones, sino el criterio previsto para las sanciones correspondientes a las infracciones leves.

Se propone que se imponga una multa de 975 euros, que es la mitad de 1950 euros si se valoran las instalaciones por aplicación de la ordenanza reguladora de la tasa de ocupación, o 3906,60 euros (la mitad de 7.813,20 euros) si se valoran las instalaciones por el coste del montaje y desmontaje.

Lo primero que hay que destacar es que las cuantías de multa que se proponen en la página 9 de la demanda no se corresponden con las solicitadas en el suplico de la demanda (página 10).

Para valorar la adecuación a Derecho de las resoluciones impugnadas, es necesario tener en cuenta que el artículo 97 de la Ley de Costas de 1988, en su

redacción vigente en la fecha de los hechos, establece que para las infracciones graves previstas en el apartado c) del artículo 90.2, la multa será del 50% del valor de las obras e instalaciones cuando estén en dominio público.

No es una norma prevista para las infracciones leves, sino que el artículo 97 se refiere a "las infracciones graves".

Conforme a esta norma, es necesario calcular "el valor de las obras e instalaciones" no autorizadas en zona de dominio público.

Y el criterio que utiliza la Administración para valorar las instalaciones es el de acudir al artículo 97.2 de la Ley de costas, que prevé una valoración estándar "de 20 euros por metro cuadrado y día.

Resulta por tanto conforme a Derecho la valoración que realiza la Administración, y correcta la aplicación del porcentaje del 50%, ya que ha quedado probado que las instalaciones de la feria de "el pescador" se situaron en zona de dominio público, y así se observa en el croquis y fotografías aportadas en el expediente administrativo, sin que se haya aportado prueba alguna que contradiga estos datos, más allá de la simple afirmación de parte carente de ningún tipo de respaldo documental o pericial.

El importe de 20 euros por m² y día se utiliza en beneficio de la parte recurrente, es una cuantía objetiva, y se considera proporcionada.

Los criterios para el cálculo que propone el Ayuntamiento recurrente, además de resultar contrarios al artículo 97, no calculan el "valor de las instalaciones", ya que la tasa de ocupación no ha calculado en su memoria económico financiera el valor de ocupación del dominio público marítimo terrestre, ya que no tiene competencia sobre esa zona la Administración local, y por tanto, no es una norma que pueda servir para valorar las instalaciones de la feria. La aplicación analógica de una ordenanza (la de la tasa por ocupación) para un fin no previsto en la misma (instalaciones no autorizadas en zona de dominio público marítimo terrestre) resulta antijurídica.

El coste de montaje y desmontaje que se propone por el Ayuntamiento tampoco resulta un método válido para calcular el valor de las instalaciones, puesto que solo computa el coste del momento del montaje y del desmontaje, pero no tiene en cuenta el tiempo en que estuvieron en uso las instalaciones, que es superior, sin duda, a los dos anteriores sumados, ya que el valor de las instalaciones debe medirse por el tiempo que se utilizaron y el valor que generó su uso, y no solo por lo que costó montarlas y desmontarlas, ya que estuvieron un tiempo instaladas.

Pretende la Administración que no se compute en el valor de las instalaciones el tiempo de su permanencia y uso entre el montaje y desmontaje, lo que resulta ilógico, y por tanto no es un método de valoración ajustado a Derecho.

Finalmente, se pretende que se computen 20 euros por m², pero aplicados a 1.104 m²; se desconoce por qué se alega que se ocuparon 1.104 m², cuando la denuncia que obra en el expediente, así como el plano, indica que fueron 3.500 m² los ocupados, y se señala que fue en el lugar de "Los barranquicos", entre los hitos M-21 y M-25.

Frente a la medición efectuada por la Administración estatal no se ha efectuado ninguna medición técnica por el Ayuntamiento que contradiga de forma suficiente que la superficie ocupada por la feria era de 3.500 m², por lo que esta cifra debe ser la que se tenga en cuenta para la imposición de la sanción.

Además, hay que tener en cuenta el principio general del Derecho contenido en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, que dispone que "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas", principio que tiene su reflejo en la Ley de Costas y en su Reglamento de desarrollo.

Finalmente, se invoca por el Ayuntamiento recurrente el artículo 97.3 de la Ley de Costas que dispone que:

"Se considerará como circunstancia atenuante, pudiendo reducirse la cuantía de la multa hasta la mitad, el haber procedido a corregir la situación creada por la comisión de la infracción, en el plazo que se señale en el correspondiente requerimiento".

La aplicación de esta atenuante, como señala la Abogacía del Estado, necesita de un requerimiento que no se ha producido en este caso, pues las instalaciones de la feria fueron desmontadas cuando la propia feria terminó sin que hubiera requerimiento de la Administración estatal, lo que impide que tal atenuante pueda ser aplicada.

Procede la imposición de costas de esta instancia al Ayuntamiento de Carboneras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, al haber sido desestimadas todas sus pretensiones, si bien se limita el importe de las costas, por el concepto de Letrado a la cuantía de 1.500 euros."

(St de 18 de febrero de 2020. Ponente Gollonet Teruel)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Posibilidad de revisión de una Sentencia por “falta de adecuación de la sanción impuesta a los fines de evitación de las consecuencias del acto infractor, omisión que desde luego sí implica una limitada revisión jurisdiccional de la actuación administrativa, pues, el ejercicio del "ius puniendi" también obedece a esa finalidad de corrección o cese de la conducta punible”. Legitimación del denunciante. Inactividad administrativa "guía de contaminación acústica de Andalucía".

“Es una constante jurisprudencia la que recuerda que el recurso de apelación tiene por objeto la depuración del resultado procesal obtenido en la instancia, lo que tendrá lugar en función de la argumentación articulada por la parte apelante dirigida a combatir el núcleo esencial que vertebra la decisión del Juzgado, siendo así que la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa viene a disponer en su artículo 85.1 que tal recurso se interpondrá " mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso".

Se trata pues de un juicio de revisión de la Sentencia en el que la parte recurrente ha de aportar una perspectiva crítica de la misma, ya por defecto de forma, ya por error en la valoración de la prueba o en la aplicación de las normas jurídicas o de la jurisprudencia, planteamiento crítico que en el caso que nos ocupa se centra, en primer término, en el motivo de apelación que se enuncia como "Error en la valoración de la cuestión objeto de debate" por cuanto que, según dicen los apelantes, se da el caso de "omisión en la sentencia a la vulneración de los derechos fundamentales y falta de adopción por la Administración de medidas precisas para la efectiva y real corrección de las inmisiones de ruidos provenientes de la actividad".

Siendo dicha crítica la que en esta segunda instancia viene a delimitar los términos del enjuiciamiento una inicial puntualización cabe realizar, cuales, que, efectivamente, nada se indica en la Sentencia apelada en orden a la adecuación de la sanción impuesta a los fines de evitación de las consecuencias del acto infractor, omisión que desde luego sí implica una limitada revisión jurisdiccional de la actuación administrativa que nos ocupa, pues, el ejercicio del "ius puniendi" también obedece a esa finalidad de corrección o cese de la conducta punible tal y como lo demuestra la posibilidad de que en la propia Resolución sancionadora, e incluso antes en el Acuerdo de inicio del procedimiento, se adopten medidas diferentes a la imposición de la multa.

Insistir al respecto de esta posibilidad que las medidas de que se trate serán también expresión del ejercicio de la potestad sancionadora formando parte

de la misma, y, no siendo extremo controvertido que tal potestad corresponde a la Administración, no merece esa circunstancia tanta explicación como se le da, siendo suficiente con significar, porque parece que existe cierta confusión al respecto, que la titularidad de una potestad no conlleva un permisible ejercicio arbitrario de la misma al margen de las determinaciones normativas y, siendo estas las que en todo caso han de imperar, está claro que el examen de la legalidad de la actuación de la Administración resulta no solo procedente siempre sino también necesario, el que se llevará a cabo en esta vía jurisdiccional tal y como manda el artículo 70 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Entonces, si ya en el escrito de demanda se aducía fundamentalmente que *"Es precisamente que no se haya establecido como definitiva dicha medida provisional lo que se impugna por esta parte"*, y se dijo también que *"las administraciones públicas tienen una expresa obligación de protección frente a la contaminación acústica"*, así como que la no adopción de la medida *"vulnera los más elementales derechos a la intimidad personal, familiar e inviolabilidad de domicilio"*, si todo ello se dijo, a todo ello se le hubo de dar respuesta concreta en cumplimiento del artículo 33.1 de la Ley Jurisdiccional, no bastando argumentar sobre la titularidad de la potestad sancionadora obviando cualquier referencia al debido sometimiento a la legalidad, el cual, por supuesto, actúa tanto en lo que a la decisión de imposición de la sanción se refiere como a la de su omisión cuando quien impugna es persona con interés legítimo en que aquella tenga lugar.

En efecto, relacionando ésta última puntualización a la discutida legitimación activa, puede ser traída a colación, por recoger la doctrina jurisprudencial formada al respecto, la Sentencia de 28 de enero de 2019 dictada por la Sección 3ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso nº 4580/2017 (ROJ: STS 494/2019 - ECLI:ES:TS:2019:494) que, en lo que ahora interesa dice que:

"Específicamente, y por lo que respecta a la legitimación del denunciante, la jurisprudencia existente puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- Como regla general, el denunciante, por el simple hecho de su denuncia, no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones, sean pecuniarias o de otro tipo. Así, se ha afirmado de forma reiterada que "ciertamente, de la condición de denunciante, únicamente y por sí misma, no se deriva legitimación para impugnar la resolución que pone fin al procedimiento sancionados pues como se viene reiteradamente sosteniendo por la jurisprudencia el concepto de denunciante no es coincidente con el de parte interesada o titularidad de un derecho o interés legítimo en palabras del art. 19 de la LJCA ". (STS, Sala Tercera de 18 de mayo de 2001

-recurso 86/1999 - que recoge sentencias anteriores de 16 de marzo de 1982 y 28 de noviembre de 1983).

Este principio general no implica, sin embargo, que el denunciante carezca legitimación en todos los casos, pues la tendrá cuando, además de ser denunciante, sea titular de un interés legítimo. En este sentido, la STS de 24 de enero de 2000, sostiene que el denunciante puede tener legitimación activa cuando "la anulación del acto que se recurre produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado". Es por ello, que en la determinación de cuando existe o no ese beneficio o perjuicio hay que acudir a cada supuesto concreto", reconociéndose tal legitimación en aquellos casos en que lo pretendido por el recurrente es la adopción de diversas medidas correctoras "como las destinadas a acordar el cese de la conducta infractora que le perjudica (STS de 19 de octubre de 2015 (rec. 1041/2013)", supuesto éste que, aunque referido a otra materia, es plenamente trasladable a la que nos ocupa pues también nos encontramos ante una conducta infractora cuyo pretendido cese como medida correctora obviamente reportaría a los recurrente un "efecto positivo (beneficio)" tal y como explicitan claramente en su demanda y es fácilmente entendible.

Dicho cuanto antecede e, insistimos, manteniéndonos en el ámbito de la potestad sancionadora cuyo ejercicio habría de haber sido revisado dentro de los límites que marca el artículo 33.1 de la Ley Jurisdiccional, lo que se ha de solventar ahora es si la Resolución sancionadora se ajusta a la normativa de aplicación y, al respecto de lo controvertido dos puntualizaciones se han de realizar:

Una primera puntualización: que en el recurso contencioso-administrativo seguido en la instancia el Sr. Juan Enrique intervino en su condición de codemandado y ahora en la de apelado, de manera que su disconformidad con la Resolución administrativa impugnada no puede integrar el debate que en este momento nos corresponde solventar. Nos referimos en concreto a ese insistente alegato mediante el que niega la aplicabilidad al caso de la Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental y del Decreto 6/2012 que aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, siendo de advertir que sobre ello ya se dictó en fecha 22 de octubre de 2018 Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Granada.

Otra puntualización: que el único extremo controvertido en orden al ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde enjuiciar es el relativo a si, además de la imposición de la multa, se hubo de adoptar alguna de las medidas correctoras que autoriza la normativa de aplicación, siendo la que se pide la consistente en "clausura total de la terraza exterior del local revocándose las licencias o autorizaciones que a la fecha existieran respecto de aquella".

Llegados a este punto y con la finalidad expuesta cabe centrar la atención, porque es la esencia de lo que se discute, en el Fundamento de Derecho II de la Resolución impugnada que, bajo el enunciado de *"Escrito de alegaciones de D. Agustín y D^a Sabina"*, da respuesta a las realizadas por quienes ahora recurren y que consistieron *"resumidamente, en que se adopte como medida definitiva la clausura de la terraza exterior del local, con la revocación de las autorizaciones correspondientes"*, respuesta que se emite en sentido negativo por considerarse la petición *"excesiva y desproporcionada"*.

Pues bien, concretándonos a esa razón de denegación y para revisarla se ha de significar en primer término que en la propia Ordenanza del Ayuntamiento de Santa Fe Reguladora de la ocupación de la vía pública con terrazas y estructuras auxiliares se viene a explicar, en su Exposición de Motivos, que dicha Ordenanza presenta *"como principal característica la regulación de las condiciones ambientales, entre otras, y la determinación de las actuaciones constitutivas de infracción administrativa en este ámbito, con el fin de evitar cualquier molestia, riesgo o daño para la personas o bienes, de cualquier naturaleza, en uso de las facultades concedidas por el art. 4.1.a de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local"*, finalidad la indicada que se compagina con lo que se argumenta en la Resolución impugnada al decir en el precitado Fundamento de Derecho II que *"la actividad hostelera perfectamente puede congeniar con el descanso de los vecinos, estableciendo condicionantes para el desarrollo de dicha actividad, como puede ser la imposición de horarios o la limitación del aforo"*, condicionantes que afirma tal Resolución que vienen impuestos a la terraza que nos ocupa y explica que *"De esta forma, se hace posible la coexistencia del derecho a la libertad de empresa con el derecho al descanso e, incluso, el derecho a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio"*.

Pues bien, que tales condicionantes que fueron impuestos no cumplen con esa finalidad de que la actividad hostelera pueda congeniar con el descanso de los vecinos, es una conclusión que se impone por cuanto que, la existencia de la infracción que se sanciona en virtud de la Resolución administrativa que se impugna, es ya prueba de que esa conciliación no se alcanzó mediante los condicionante impuestos, y, si ninguna medida viene a garantizar la no reiteración de esa vulneración del derecho al descanso, está claro que la potestad sancionadora no ha cumplido en este caso con su finalidad que, obviamente, no se satisface en todo caso con la imposición de una multa al poder quedar limitada su consecuencia a un mero efecto disuasorio y de consecución de un ingreso público.

Entonces, claramente resulta improcedente lo sostenido por la Administración demandada cuando, refiriendo las limitaciones ya impuestas a la terraza en

cuestión, asegura que se da esa conciliación entre el descanso de los vecinos y el desarrollo de la actividad empresarial, y, por ello, por no ser así, y porque el argumento de que se sirve la Administración demandada no es entonces válido para obviar la aplicación de medidas de seguridad, sin que, tampoco dé razón particularizada que justifique la revocación de la medida inicialmente acordada a pesar de la existencia de previsión normativa sobre su mantenimiento definitivo, por todo ello, procede, con revocación del Fallo de la Sentencia de instancia, revocar igualmente el pronunciamiento administrativo que limita a la imposición de una multa la sanción por infracción muy grave consistente en *"la superación de los valores límites de emisión acústica establecidos, cuando se produzca un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas"*.

Partiendo pues de que, según se ha explicitado, es exigible la aplicación de una medida correctora, cabe hacer al respecto una inicial puntualización, cual es, que, realmente, la adopción de la misma no contraviene el planteamiento de la Administración demandada.

En efecto, es de advertir que ya en el escrito de contestación a la demanda por el Ayuntamiento de Santa Fe y con referencia a la *"Guía de contaminación acústica de Andalucía"* se dice que la misma *"contempla una serie de soluciones para cohonestar el derecho a la salud de los vecinos con el desarrollo de las actividades de una forma más acorde con los principios que rigen la actividad administrativa de intervención, entre los que se encuentra el de proporcionalidad y el de elección entre varias alternativas posibles la que sea menos restrictiva a la libertad"*, de modo que a ese fin de búsqueda de soluciones se ha de estar, las que, en este caso se han de localizar dentro del ámbito normativo sancionador por cuanto que es el que nos ocupa.

Significar en orden a tal objetivo que, en principio, podría ser descartada sin más esa consideración de la demandada aduciendo la falta de proporcionalidad de la medida de clausura definitiva de la terraza solicitada por la parte actora, y, ello, si se atendiera al Informe del Ingeniero Técnico municipal de fecha 13 de julio de 2017 (ampliando el ya emitido el 18 de mayo de 2015) en el que se señala que *"las terrazas de verano como los veladores, al no tener parámetros perimetrales que las delimiten, carecen de aislamiento, y en su consecuencia transmiten al ambiente exterior el mismo nivel de ruido que el que están emitiendo, por lo que la única medida efectiva que podría adoptarse sería la prevista en el apartado a) del art. 162.1 de la Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental consistente en la clausura de la terraza exterior o velador"*.

Ahora bien, con el propósito de congeniar y cohonestar la actividad hostelera y el descanso de los vecinos, y, habida cuenta de que según se acaba de indicar resulta incontrolable el nivel de ruido por la falta de aislamiento, solo aparece

como útil, además de la clausura del velador, la medida de reducción de su horario de apertura como preferente al cierre de esa instalación en aras a ese propósito conciliador de intereses, reducción de horario que habría de permitir el descanso de los recurrentes y de quienes habitan la vivienda, y que, en consideración a cuanto se ha explicitado, habrá de respetar una la franja horaria de 12 horas (que va desde las 22 horas a 10 horas del día siguiente) en la que se mantendrá la terraza sin actividad, entendiéndose que solo de ese modo se da cumplimiento al precitado deber de procurar la conciliación de los intereses en conflicto que nos ocupan, medida que, insistimos, se adopta en el ámbito del procedimiento sancionador y por ello en su condición de sanción que ha de acompañar a la de multa ya impuesta, y que se determina sin perjuicio de las que se decidan fijar en orden al acto de otorgamiento de licencia para la instalación del velador y cuantas otras se puedan plantear en relación al mismo.

Significar que la medida que ahora se dispone se encuentra plenamente amparada no solo por Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (artículos 162.1. a) y f), 162.4) sino también por la 37/2003 del Ruido (29.1 .a) 3º), la cual en su artículo 6 advierte de que "*Corresponde a los ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias objeto de esta ley* " a cuyas disposiciones habrán de adaptarse, siendo el artículo 80.2.B de la vigente en el municipio de Santa Fe la que también da cobertura jurídica al establecimiento de la medida de que tratamos.

Consecuentemente, procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo desestimado por la Sentencia apelada y que revocamos, por cuanto que procede la estimación en parte de lo suplicado por los demandantes en el recurso iniciado a su instancia (lo que obviamente descarta esa invocada situación de "reformatio in peius"), debiendo a su vez ser revocado el pronunciamiento sobre condena en costas hecho en la instancia dado que, conforme al artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no debió hacerse expresa imposición habida cuenta del sentido de estimación parcial que hubo de tener el Fallo, pronunciamiento de no imposición que se reitera también para esta segunda instancia conforme al mismo precepto."

(St de 31 de enero de 2020. Sala de Granada Ponente Jiménez Morera)

XII. EXPROPIACION FORZOSA . EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS. METODO Y SISTEMA DE VALORACIÓN

Elección del procedimiento de tasación conjunta o individual en las expropiaciones urbanísticas. Antiformalismo en el procedimiento.

Es objeto del presente recurso de apelación el Auto nº 91/2019, de 28 de marzo, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Almería, cuya parte dispositiva reza así:

"Se declara no ejecutada la Sentencia número 81/2014, de fecha de 16 de enero, dictada en los presentes autos, declarándose la nulidad del Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Albox en fecha 10 de febrero de 2017 así como todos los dictados con posterioridad a éste".

El Ayuntamiento de Albox apela el citado Auto porque entiende que se apoya en un notorio error de hecho, pues parte de que el expediente expropiatorio se incoa con fecha 10 de febrero de 2017, tras haber presentado hoja de aprecio los interesados, lo que es erróneo pues el expediente expropiatorio se incoa el 3 de noviembre de 2016, sin que en dicho momento se hubiera presentado por los actores hoja de aprecio.

Sostiene la Corporación apelante que fue la inactividad de la actora, que no presentó hoja de aprecio en los dos años siguientes a que se dictara la sentencia la que provocó que el Ayuntamiento tuviera que iniciar el expediente de tasación conjunta para dar cumplimiento a la sentencia 81/2014. Señalando que la propia parte actora participó en el procedimiento de tasación conjunta, presentando hoja de aprecio. La finalización del procedimiento de tasación conjunta sin remisión a la Comisión Provincial de Valoraciones, fue debida -según el Ayuntamiento demandado- a que la actora decidió impugnar el mismo y no mostrar su disconformidad por lo que en aplicación de los preceptos de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA), debe entenderse finalizado.

La parte actora se opone a la estimación del recurso de apelación porque el expediente de expropiación se entiende en este supuesto que se inició por ministerio de la ley, que exige un procedimiento ordinario de, y no de tasación conjunta. Que el hecho de presentar hoja de aprecio en el procedimiento de tasación conjunta fue realizado "*ad cautelam*", pero en la misma fecha de 12 de diciembre de 2016 presentaron dos escritos de recurso de reposición el nº 5.705 (impugnando el procedimiento de tasación conjunta), y el nº 5706 en

el que formularon su hoja de aprecio. Solicitan la desestimación del recurso de apelación.

Son datos fácticos relevantes para resolver este recurso de apelación los siguientes:

1. La parte actora en el recurso contencioso administrativo, tramitado como procedimiento ordinario ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Almena, son propietarios de 4.018 m² en el municipio de Albox. Terreno, considerado solar, que quedó calificado por el planeamiento como sistema general, zona verde o espacio libre, no sometido a ningún ámbito de gestión.
2. Solicitada la expropiación forzosa de dichos terrenos por los demandantes, fue desestimada la solicitud por resolución del Ayuntamiento de fecha 20 de marzo de 2012. Resolución que fue impugnada, dando lugar al recurso contencioso administrativo, procedimiento ordinario 331/2012, que finalizó con la sentencia nº 81/2014, de 16 de enero, cuyo fallo dice así:

"Se estima íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a Berta , D^a Camila, D^a Edurne y D. Rubén frente a la resolución de 20 de Marzo de 2012 del Excmo. AYUNTAMIENTO DE ALBOX, por ser contraria a derecho, sin hacer expresa imposición de costas".

La *ratio decidendi* de la sentencia es la aplicación del art. 140 LOUA que dispone la expropiación de terrenos destinados a dotaciones por ministerio de la ley, una vez transcurridos cuatro años, por requerimiento de los interesados. Sentencia que al no ser apelada devino en firme.

3. Con fecha 17/12/2015 se notifica al Ayuntamiento Diligencia de Ordenación del Juzgado requiriendo que se proceda a la expropiación. El Ayuntamiento, con fecha 3 de noviembre de 2016, acuerda aprobar inicialmente el Proyecto de Expropiación Forzosa, según los artículos 160 y siguientes de la LOUA, en cumplimiento de la sentencia cuya ejecución se plantea en este incidente. Sometiendo dicho Proyecto a información pública de un mes, señalando que los afectados pueden hacer alegaciones en lo "que concierne a titularidad o valoración".
4. Los demandantes, notificado el anterior acuerdo, con fecha 12/12/2016, presentaron el escrito con nº de registro de entrada 5705 que lo denominaron como recurso de reposición, en el que impugnaron el acuerdo referido en el apartado anterior, "contra la declaración de necesidad de urgencia en la Ocupación de los terrenos".

En igual fecha, con el número de registro NUM000 , los actores presentaron, señalando que a pesar de las graves deficiencias que sufre el expediente y ad cauteiam, hoja de aprecio particular. Valoración fundada en el informe del Arquitecto Sr. Pablo Jesús, valorando los terrenos en la cuantía de 2.559.905,08 €.

5. Por acuerdo plenario de fecha 10 de febrero de 2017, se desestimaron las alegaciones presentadas, se aprobó definitivamente el expediente de expropiación forzosa, procedimiento de tasación conjunta, valorándose los terrenos de los demandantes en la cuantía de 144.011,54 € (36.002,88 € para cada afectado). Dando el Ayuntamiento por concluido el procedimiento, por cuanto los recurrentes no mostraron su disconformidad.
6. Contra el acuerdo plenario de fecha 10/2/2017, los actores interpusieron recurso contencioso administrativo, que se sustancia en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Almería, procedimiento ordinario 325/2017. En cuyo procedimiento ordinario se ha desestimado medida cautelar.

La disputa procesal que hay entre las partes se centra en determinar si es conforme a derecho la utilización del procedimiento de tasación conjunta en este supuesto, como ha hecho el Ayuntamiento o debió tramitarse un procedimiento o bien realizar una tramitación de expropiación de forma individualizada, conforme al procedimiento de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.(LEF).

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la expropiación objeto de discusión en este incidente es una expropiación urbanística y por lo tanto hemos de estar a lo que dispone la legislación andaluza (LOUA), que en su artículo 161 dispone: " *En todas las expropiaciones derivadas de esta Ley, incluidas las realizadas en el contexto de los sistemas de actuación, la Administración actuante podrá optar por aplicar el procedimiento de tasación conjunta regulado en los siguientes artículos, o por realizar la expropiación de forma individualizada, conforme al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa*"

Por tanto la Administración tenía libertad para escoger el procedimiento expropiatorio. Pero es que en este caso, según la documentación aportada a esta Sala, no consta que los actores después de la sentencia 81/14 presentaran hoja de aprecio, lo que sí hicieron en la tramitación del expediente de tasación conjunta. La parte actora manifiesta que la valoración sí la hicieron con la demanda en la tramitación del procedimiento ordinario, sin embargo no se aporta a este incidente.

Llama la atención a esta Sala, en cualquier caso, la disputa procedimental de tramitación de la expropiación pues en ambos casos la valoración ha de determinarse aplicando la misma legislación, con independencia del procedimiento. También la valoración final del expediente debe hacerla el mismo órgano la Comisión Provincial de Valoración de Almería (ex art. 162.6 LOUA), siendo la única diferencia que la aprobación definitiva en la tasación conjunta implica la declaración de urgencia y permite la ocupación de los terrenos (art. 163 LOUA). Pero en este caso no se alegan por los titulares expropiados daños por esta implicación de urgencia y ocupación de los terrenos, de manera que al tratarse de un solar en diversos escritos en los autos no se aprecia daño aparente.

Ahora bien, si bien resulta conforme a derecho la tramitación de la tasación conjunta, no permite la misma consideración la interpretación que hace el Ayuntamiento de dar por finalizado el procedimiento de tasación conjunta, sin remitirlo a la Comisión Provincial de Valoración. La demandada hace una interpretación excesivamente formalista del art. 162.5 LOUA, entendiendo que como los actores no hicieron una manifestación expresa de oposición se entiende la conformidad de los mismos.

Debe aplicarse el criterio antiformalista que preside la legislación de procedimiento administrativo, que puede verse en el art. 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACA), al señalar que: "*El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.*" Antiformalismo que también se aprecia en otros preceptos como los artículos 68 y 73 de dicha norma básica. Antiformalismo que ha sido resaltado por el propio Tribunal Supremo en la reciente STS de 5/11/2019 (rec. de casación 6806/2018) confirma la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que declara el carácter antiformalista y pro actione en orden a la admisión de las solicitudes administrativas que ya había declarado en las SSTS nº 1862/2018, de 20 de diciembre (RC 369/2018) y nº 1.342/2018, de 19 de julio (RC 3662/2017), y que también resulta aplicable en este caso. Ello es así porque en el caso de los recurrentes y favorecidos por la sentencia 81/14 no puede inferirse de su actuación ningún indicio de conformidad con la valoración realizada por el Ayuntamiento, pues recurrieron en reposición el inicio del procedimiento de tasación conjunta, interpusieron recurso contencioso administrativo contra la resolución final de dicho procedimiento. Datos suficientes que debió tener en cuenta el Ayuntamiento para entender rechazada la valoración municipal, y para remitir el expediente a la Comisión Provincial de Valoración para la determinación final de la misma.

Procede, en consecuencia, estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Albox contra el Auto 91/2019, por cuanto en la sentencia cuya ejecución se disputa no se determinó procedimiento alguno a seguir en la expropiación, y porque en el art. 161 LOUA permite la opción de elección a la Administración.

Pero la Administración municipal debe remitir el procedimiento, con las valoraciones presentadas por las partes para que la Comisión Provincial de Valoración fije el precio final de los terrenos expropiados por ministerio de la ley, en ejecución de la sentencia 81/2014. Debiendo revocarse el Auto impugnado.

En cuanto a costas no procede su imposición a alguna de las partes en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional”.

(St de 23 de enero de 2020. Sala de Granada Ponente: Martínez García)