

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA
ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 536/2011

Doña M^a ROSA LÓPEZ-BARAJAS MIRA, Secretaria Judicial, Sección..... de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Junta y Región, con sede en Granada, C/IBARRILLO, 20 que en el..... del mes de..... del año..... que se ha referido, se ha dictado la siguiente resolución:

SENTENCIA NÚM. 785 DE 2014

Ilmo. Sr. Presidente:
D. Rafael Toledano Cantero
Ilmas. Sras. Magistradas:
D^a Inmaculada Montalbán Huertas
D^a M^a Rosa López-Barajas Mira

En la ciudad de Granada, a veinticuatro de marzo de dos mil catorce.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el **recurso de apelación número 536/2011**, dimanante del procedimiento núm. 1105/2009 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Tres de Almería, siendo apelante la **CONSEJERÍA DE VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**, representada por el Letrado de la Junta de Andalucía; y apelados el **AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA** (.....), representado por D^a Noelia Guirado Almécija, y **AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA** (.....), en cuya representación interviene D^a Rocío García-Valdecasas Luque.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10/12/09 se interpuso recurso contencioso administrativo por el Letrado de la Junta de Andalucía contra Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Almería (.....) de 18 de septiembre de 2009, tramitado a través del procedimiento ordinario según los arts. 43 y ss. de la LJCA de 13 de julio de 1998. Con fecha 21 de enero de 2011 se dictó Sentencia desestimatoria de las pretensiones esgrimidas por la parte recurrente.

SEGUNDO.- Notificada la referida sentencia se interpuso, con fecha 14/02/11, recurso de apelación por el Letrado de la Junta de Andalucía, suplicando se revocara aquélla y con estimación del recurso contencioso administrativo se anulara el acto administrativo impugnado.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de interposición del recurso de apelación al Ayuntamiento demandado y al codemandado D. [redacted], procedieron ambos a presentar este a presentar escritos de oposición con fecha, respectivamente, de 23/03/11 y 17/03/11.

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

Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso. Actuó como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. M^a Rosa López Barajas Mira.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de 21 de enero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Tres de Almería, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía contra Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de [redacted] (Almería), de 18 de septiembre de 2009.

El Acuerdo impugnado –dictado al amparo de la Ordenanza Municipal de 23 de diciembre de 2008- contiene, por lo que aquí interesa, dos pronunciamientos: primero) se declara en situación legal de fuera de ordenación la edificación, consistente en vivienda y trastero, sita en la barriada “La Torreta”, parcela [redacted] del Polígono 4^o del Término Municipal de Albóx; segundo) se otorga a D. A [redacted] licencia de ocupación y utilización para la citada edificación.

SEGUNDO.- Sobre la declaración de situación legal de fuera de ordenación. Como primer motivo de apelación invoca el Letrado de la Junta de Andalucía la nulidad de pleno derecho de la declaración de la edificación

objeto de este proceso en situación legal de fuera de ordenación; y ello al amparo del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, esto es, por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Así, se afirma que la citada declaración no puede hacerse por la corporación municipal, sino que – a tenor de la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía (L.O.U.A.)- es el instrumento de planeamiento de que se trate el que procederá a declarar en situación de fuera de ordenación las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad a su entrada en vigor y que resulten disconformes con la nueva ordenación.

El motivo debe estimarse. Siguiendo el precedente marcado por las Leyes del Suelo de 1956 y 1992, la Disposición Adicional Primera de la L.O.U.A. establece, en su párrafo 1ª, que *“Las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos, quedarán en situación legal de fuera de ordenación”*. Como se infiere del tenor literal del precepto, la situación legal de fuera de ordenación está prevista, con carácter exclusivo, para los supuestos en los que la disconformidad de la edificación con el planeamiento -en definitiva su ilegalidad- tiene carácter “sobrevenido”. Ello significa que tal declaración sólo puede tener por objeto construcciones o usos que eran legales en el momento de ser levantadas o iniciados, pero no, desde luego, las edificaciones y actividades que eran contrarios al planeamiento desde un principio. Por tal razón, es la aprobación del nuevo planeamiento el hecho que provocará la situación de fuera de ordenación que, precisamente por ello, se adjetiva como “legal”.

Resulta por tanto justificada la nulidad que propugna la Administración apelante, y no sólo por omisión de procedimiento –pues realmente no existe en la L.O.U.A., como tal, un procedimiento destinado a declarar la situación de fuera de ordenación- sino porque la edificación para la que solicitó licencia el Sr. [redacted] no tiene cabida en el estricto marco de la Disposición Adicional Primera de la L.O.U.A.. En efecto, como se refleja en el Expediente Administrativo y se colige de la resolución recurrida, la vivienda y trastero que nos ocupan se levantaron en suelo no urbanizable por lo que eran, desde un principio, ilegales. No obstante a tal calificación el hecho de que –por haber prescrito la acción administrativa para el restablecimiento de la legalidad urbanística- el mantenimiento de lo edificado –en suma, su no demolición- sea inatacable.

TERCERO.- Sobre la licencia de ocupación y utilización. Como segundo motivo de apelación, referido ya a la licencia de ocupación, alude el

Letrado de la Junta de Andalucía a la infracción por la sentencia apelada –por inaplicación- del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992; precepto éste según el cual serán nulos de pleno derecho los “...actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Al respecto, recuerda la apelante que la licencia de ocupación – como licencia urbanística- es un acto reglado, lo que significa que habrá de concederse necesariamente cuando el solicitante reúna los requisitos exigidos legalmente y que, de igual forma, habrá de denegarse cuando los mismos no se cumplan.

El motivo debe nuevamente estimarse, y con ello el íntegro recurso contencioso administrativo, pues tiene razón el Letrado de la Junta cuando afirma la improcedencia de conceder la licencia objeto de este proceso. A tal conclusión llevan, a juicio de esta Sala, las siguientes consideraciones:

Primera) Aun cuando no existe –ni en la normativa estatal ni en la L.O.U.A- una definición de la licencia de primera ocupación ni una mención concreta a los requisitos que han de cumplirse para su obtención, es criterio jurisprudencial comúnmente admitido (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2003) que la citada licencia persigue un doble objetivo: de un lado, comprobar que lo construido se acomoda o ajusta al proyecto previamente presentado para obtener la licencia de obras que habilita para ejecutar la actuación; de otro, constatar que la edificación reúne las condiciones de seguridad y salubridad para destinarse al uso pretendido, uso que debe estar permitido por el planeamiento. En consecuencia, procederá denegar la licencia de ocupación cuando no exista licencia de obras o lo edificado se aparte de ésta, o cuando el uso a que se destine lo construido sea contrario al planeamiento.

Resulta claro que en el caso que nos ocupa no existe proyecto ni licencia de obra, ni posibilidad de obtener esta última. Siendo también evidente que el uso residencial no está, con carácter general, permitido en el planeamiento para el suelo no urbanizable. De lo que se infiere la improcedencia de otorgar la licencia de primera ocupación.

Segunda) El hecho de que la edificación objeto de esta apelación no pueda considerarse –como expusimos en el Fundamento de Derecho anterior- en situación legal de fuera de ordenación no obsta a que pueda, en determinados aspectos, asimilarse a dicha situación. Esta posibilidad de que ciertas situaciones se asimilen a la de fuera de ordenación ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia de nuestros tribunales (así, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2002 y 22 de

marzo de 2012). Ya con posterioridad al dictado de la resolución aquí recurrida, el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, configura la categoría de asimilado a la situación de fuera de ordenación (la denominado AFO). Así, dispone el artículo 53.1 de dicho decreto –en su redacción original- que *“Los actos de uso del suelo, y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo citado en el artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, quedarán asimilados al régimen de fuera de ordenación previsto en la Disposición adicional primera de la citada Ley 7/2002, de 17 de diciembre”*.

En cuanto al régimen jurídico de estas edificaciones AFO -en las que, a tenor del precepto transcrito, tendría cabida la situación que aquí se ventila- el párrafo 4 del citado artículo 53 señala que *“...sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición...”*. Como puede observarse, el Decreto 60/2010 sigue, en cuanto a las obras realizables en las construcciones declaradas como AFO, un estricto régimen, análogo al previsto en la Disposición Adicional Primera de la L.O.U.A. para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación; debiendo entenderse aplicables a las primeras la prohibición –establecida la L.O.U.A. para las segundas (Disposición Adicional 1.3)- de que las obras realizadas incrementen el valor de expropiación. Este restrictivo régimen se justifica en el espíritu que, según una amplia jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2000) subyace en la regulación general de las situaciones de fuera de ordenación –legal y asimilada-, y que es el de la congelación de la edificación hasta su extinción natural; es decir, son edificaciones cuya existencia es tolerada pero cuyo destino natural es el de desaparecer para ser sustituidas, en su caso, por otras que se ajusten al planeamiento. En tal sentido, afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de junio de 2001 que *“...lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero su régimen se debe diferenciar del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 del TRLS en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo, por lo que el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la*

legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 TRLS, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando...”.

Este principio inspirador de la regulación de las construcciones fuera de ordenación queda claramente conculcado con la concesión de la licencia de primera ocupación que, lejos de favorecer esa extinción natural de las mismas, fomenta precisamente su perpetuación en el tiempo, contribuyendo igualmente al proscrito incremento de su valor de expropiación. Significativa prueba de ello es el punto Cuarto del Acuerdo impugnado en el que se apercibe al actor de que “...la obtención de la Licencia de Ocupación en suelo no urbanizable no vinculará a esta Administración para la realización de aquellas actuaciones que resultaren necesarias para las conexiones y dotación de los suministros de agua y luz de la edificación en cuestión. A tales efectos el interesado deberá dirigirse a las empresas y compañías suministradoras al objeto de solicitar las oportunas conexiones, siendo en todo caso (y sin perjuicio de lo que las referidas empresas pudieran disponer) de cuanta del beneficiario y previa obtención de licencia municipal, las obras de infraestructuras que necesita acometer para conectar con los suministros”. Y es que es obvio que las obras necesarias para las conexiones de agua y luz son obras que exceden de las de mera reparación y conservación.

Tercera) En tercer y último lugar, no puede obviarse la promulgación del Decreto andaluz 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Decreto que, aun siendo posterior al acuerdo aquí impugnado, tiene un indudable valor interpretativo, máxime cuando el mismo tiene por objeto, tal y como se afirma en su Exposición de Motivos, “...clarificar el régimen aplicable a las distintas situaciones en que se encuentran las edificaciones existentes en suelo no urbanizable, estableciendo los requisitos esenciales para su reconocimiento por el Ayuntamiento y su tratamiento por el planeamiento urbanístico”. Una de esas posibles situaciones es, precisamente, la de asimilado a la de fuera de ordenación, situación que según el Decreto se caracteriza por dos notas fundamentales: una, las edificaciones siguen manteniendo su situación jurídica de ilegalidad; dos, el régimen al que está sometidas estas edificaciones es similar, aunque con mayores restricciones, al previsto para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación. Esto significa que, además de las limitaciones en cuanto a las obras realizables, no se les

concederá licencia de ocupación; razón por la cual los servicios básicos deberán obtenerse de forma autónoma. Estas características se concretan en el artículo 8 del citado Decreto, cuyos párrafos 4, 5 y 6 disponen que “4. *En las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, la prestación de los servicios básicos necesarios para desarrollar el uso al que se destinan cuando no se disponga de acceso a redes de infraestructuras, o cuando dicho acceso se haya realizado sin licencia urbanística, deberá resolverse mediante instalaciones de carácter autónomo, ambientalmente sostenibles y sujetas en todo caso a la normativa sectorial aplicable.* 5. *Excepcionalmente, en la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, podrá autorizarse la acometida a servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento y energía eléctrica por compañía suministradora, siempre que estos estén accesibles, la compañía suministradora acredite la viabilidad de la acometida, y no induzcan a la implantación de nuevas edificaciones.* 6. *Para las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación no procederá la concesión de licencias de ocupación o de utilización, sin perjuicio de las condiciones que puedan establecerse por el Ayuntamiento en la resolución de reconocimiento, de conformidad con lo establecido en este Decreto. Esta resolución será la exigible por las compañías suministradoras para la contratación de los servicios a los efectos establecidos en el artículo 175.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre”.*

En conclusión, de las consideraciones expuestas se infiere la nulidad de pleno derecho de la licencia de ocupación concedida pues se ha otorgado sin que el solicitante reúna los requisitos para ello, su concesión vulnera la normativa sobre las edificaciones en situación de fuera de ordenación y, además, es contraria a las previsiones del Decreto 2/2012.

Finalmente, deben hacerse dos precisiones sobre las razones que, según la sentencia apelada, justifican la concesión de la licencia de primera ocupación en el caso que nos ocupa. En primer lugar, no puede justificarse la obtención de la licencia de ocupación en el artículo 52.1.B.c), de la L.O.U.A., habida cuenta que la conservación, rehabilitación o reforma mencionadas en dicho precepto están referidas a edificaciones, construcciones o instalaciones expresamente permitidas por el P.G.O.U.; lo que, sin duda, no es el presente supuesto. En segundo lugar, la denegación de la licencia de primera ocupación no supone el desconocimiento de la realidad de las edificaciones en suelo no urbanizable, ni infringe el artículo 3.1 que insta a interpretar las normas jurídicas de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Y ello por cuanto, en contra de lo que se afirma por el juzgador de instancia, la denegación de la licencia de primera ocupación no impide el uso

de la edificación sino que, en todo caso, lo limita, en el sentido de que la vivienda deberá autoabastecerse en cuanto a los servicios de agua, electricidad y similares. Así lo prevé expresamente el Decreto 2/2010, cuya Exposición de Motivos afirma que *“El reconocimiento por el Ayuntamiento de que la edificación se encuentra en la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación se produce por la emisión de la resolución correspondiente, siguiendo el procedimiento que se establece en este Decreto. Para acceder a este régimen se requiere, además, que la edificación pueda ser usada, por reunir las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad adecuadas para el uso al que se destina y aunque para este tipo de edificaciones no procede conceder licencia de ocupación o utilización dado su carácter ilegal, el Decreto establece que en la propia resolución se especifique de forma expresa el reconocimiento de que la edificación puede ser usada”*.

CUARTO.- Sobre la Ordenanza Municipal de 23 de diciembre de 2008. Aun cuando nada se dice sobre la cuestión en el Escrito de Demanda ni en la sentencia apelada, resulta notorio que los argumentos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero llevan inevitablemente aparejada la nulidad parcial de la *“Ordenanza Municipal reguladora del otorgamiento de licencias de ocupación y primera utilización de los edificios, construcciones, establecimientos e instalaciones en general, en el municipio de ...”*, aprobada por el Pleno del citado Ayuntamiento de 23 de diciembre de 2008, y en aplicación de la cual se dictó el Acuerdo impugnado. En particular, es nulo de pleno derecho el artículo 2.2 en sus apartados Uno, Dos y Tres, así como las citas que de dicho precepto se hacen a lo largo del articulado de la Ordenanza.

QUINTO.- No apreciándose la concurrencia de circunstancias de especial relieve, no procede hacer especial imposición de costas, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 139.2 de la LJCA.

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

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación 536/2011 interpuesto por la **CONSEJERÍA DE VIVIENDA Y ORDENACION DEL TERRITORIO** contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Tres de Almería que desestimó el recurso



contencioso administrativo formulado por el ahora apelante frente a Resolución del AYUNTAMIENTO DE A..., de 18 de septiembre de 2009, por la que se declara en situación legal de fuera de ordenación la edificación, consistente en vivienda y trastero, sita en la barriada "I...", parcela... del Polígono... del Término Municipal de..., otorgándose a D. ... licencia de ocupación y utilización para la citada edificación. Y, consecuentemente, se revoca la citada sentencia y, con estimación del recurso contencioso administrativo, se anula el acuerdo municipal impugnado por no ser ajustado a Derecho.

Se anula parcialmente la *"Ordenanza Municipal reguladora del otorgamiento de licencias de ocupación y primera utilización de los edificios, construcciones, establecimientos e instalaciones en general, en el municipio de Albox"*, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Cuarto.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas.

Intégrese la presente Sentencia en el libro de su clase y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, que contra ella no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Laudo...
que...
la... que...

11. 11. 11

11. 11. 11

11. 11. 11