



Roj: **STSJ CV 7923/2017 - ECLI:ES:TSJCV:2017:7923**

Id Cendoj: **46250330012017100860**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2017**

Nº de Recurso: **491/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **CARLOS ALTARRIBA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN 491/15

**SENTENCIA N.º 1005**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA**

**COMUNIDAD VALENCIANA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

Ilmo. Sres.:

D. Mariano Ferrando Marzal

D. Carlos Altarriba Cano

Dª Desamparados Iruela Jiménez

Dª Estrella Blanes Rodríguez

Dª Laura Alabau Martí

En Valencia, a 1 de diciembre del año 2017.

Visto el recurso de apelación nº 491/15 interpuesto por el procurador de los tribunales Dº Dolores Beltran Alcazar, en nombre y representación de Jeronimo , asistido por el letrado D. José Santandreu Pla, contra la Sentencia nº 137/15, de 20 de abril, dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 134/13, tramitado por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valencia , sobre restauración de legalidad, (Albufera). Ha comparecido la administración autonómica, (Consellería de Medio Ambiente, y paisaje) por medio de letrado de su servicio jurídico.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo contencioso citado se remitió a esta Sala el Recurso contencioso-administrativo arriba citado seguido a instancia de la actora, procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado de fecha, cuyo fallo desestimaba la pretensión del actor.

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes, se interpuso recurso de apelación por las representaciones mencionadas, alegando substancialmente que procedía la revocación de la sentencia dictada.

**TERCERO.-** La apelada, por su parte, formalizó escrito de oposición el Recurso de Apelación en el que substancialmente se hacía constar que, procedía la confirmación de la sentencia.



**CUARTO.-** Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente Rollo de Apelación por Diligencia de Ordenación, en la que se acordó admitir a trámite el recurso, quedando señalado para su votación y fallo el día 29, teniendo así lugar.

En la tramitación del presente Rollo se han observado todas las formalidades referentes al procedimiento.

Ha sido el ponente para este trámite el Ilmo. Magistrado D<sup>o</sup> Carlos Altarriba Cano, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso contra una sentencia desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del director General del medio natural, de fecha trece de sep de 2012, en la que se acuerda demoler " *la vivienda de una superficie aproximada de 40 metros cuadrados, adosada a otra existente, de una sola planta y solera de hormigón para porche, existente en la parcela NUM000 del polígono NUM001 del término municipal de Cullera, situada en el ámbito territorial del parque natural de l'albufera, estando calificado suelo como de protección especial agrícola, sin haber obtenido autorización para ello, contraviniendo lo establecido en el decreto 71/1993 de creación del parque natural de l'albufera y su plan de ordenación de los recursos naturales*"

**SEGUNDO.-** La primera alegación que formula el actor en su recurso de apelación consiste en afirmar que, se ha vulnerado la seguridad jurídica al estar ante cosa juzgada de carácter penal.

En este sentido es procedente afirmar que los hechos de estas actuaciones fueron objeto de unas diligencias penales, abiertas por el juzgado de instrucción número cuatro de sueca, en las que el 28 de julio de 2004 se dictó auto de sobreseimiento provisional, en aplicación de lo que dispone el artículo 641.1 de la ley de enjuiciamiento criminal .

Es obvio que no nos encontramos ante una cosa juzgada de carácter penal, puesto que no existe ninguna sentencia penal condenatoria de vincule a la administración. Se trata de unas diligencias que terminan con el sobreseimiento provisional y que consiguientemente, permiten, precisamente por no configurar los hechos una infracción penal, abrir el procedimiento administrativo correspondiente, sea éste sancionador o de restauración de la legalidad.

No existe ninguna limitación, que pueda afectar a la administración autonómica a adoptar la pertinente decisión, en lo que se refiere a la ilegalidad de la edificación materializada por el actor.

**TERCERO.** - En orden a la cuestión de la caducidad el TS en Sentencia de 01 de diciembre de 2009 ; ha puesto de manifiesto que:

*De esta forma, después de la modificación operada por la Ley 4/1999, debemos distinguir para computar los plazos que establece el artículo 42 -"dies a quo"-: entre procedimientos iniciados de oficio, y procedimientos iniciados a instancia de parte; así, para los primeros el plazo se cuenta desde la fecha del acuerdo de iniciación sin que dicha fecha haya de demorarse a la de notificación de ese acto, y respecto de los segundos, el plazo se cuenta desde la fecha en que la solicitud del interesado haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.*

*En ese mismo sentido se ha pronunciado ya este Tribunal Supremo; entre otras, en las sentencias de fechas veintiocho de mayo de dos mil ocho, -dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 82/2005 -, y catorce de julio de dos mil nueve -recurso de casación número 4682/2007 -en la que también rechazamos que rija el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 a los efectos que aquí nos ocupan de determinar el día inicial del plazo de caducidad.*

Pese a lo que afirma el actor no se ha producido la caducidad del procedimiento de restauración de la legalidad incoado, según consta en el propio expediente administrativo de donde se deduce, (folios 20 a 24), que el acuerdo de inicio del expediente de restauración lleva fecha de 28/06/2012 (notificado el 23/07/12); y su resolución, tuvo lugar, (folios 30 a 38 del expediente administrativo), el 13/09/2015, (con intentos de notificación el 17/09/12; el 16 y 17 del octubre; lográndose finalmente 18/10/2012).

La primera notificación, (17/09/10) debe surtir efectos para negar la caducidad, pues se practica en el mismo domicilio, ( CALLE000 NUM002 ), en el que le fue practicada al actor la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento de restauración; teniendo lugar en este caso la doctrina jurisprudencial que impulso la modificación del párrafo 4º del art 40 de la Ley 39/2015 , que considera suficientes, a los efectos de cumplimiento de notificar dentro de plazo de duración del procedimiento, la intentada que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución.



**CUARTO.-** Plantea además la nulidad absoluta de actuaciones por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido, y ello porque:

*" la demolición de una construcción debe analizarse en cuanto a su legalidad o compatibilidad en relación con los planes de ordenación y el planeamiento. Y sol una vez examinados y esa obras compatible o no, es cuando se decreta la demolición. En consecuencia, no se puede determinar qué hay un daño ambiental y exigir su restauración sino se sustancie la legalidad uno a una obra realizada y si analiza esta desde la perspectiva de la legalidad urbanística y de sus normas urbanísticas complementadas con los planeamientos o planes aplicables "*

Procede hacer las siguientes precisiones:

A).- Todo lo que afirma el actor, referido al carácter genérico del decreto 259/2004 regulador del plan rector de uso y gestión del parque natural de l'albufera, carece por completo de eficacia. No tiene el actor razón al afirmar que, lo que no esta recogido en una norma urbanística, no es operativo. Esta afirmación, carece de consistencia dado el contenido del artículo 2º del PRUG, referido a sus efectos, que expresamente dispone

*Artículo 2. Efectos e interpretación del PRUG:*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de la Generalitat , de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, las determinaciones del PRUG tendrán carácter vinculante tanto para las Administraciones como para los particulares, prevalecerán sobre el planeamiento urbanístico y su aprobación definitiva llevará aparejada la revisión de oficio de los planes territoriales o sectoriales incompatibles con las mismas.

A este respecto, los planeamientos urbanísticos municipales afectados por el PRUG se adaptaran a éste en sus previsiones en la siguiente revisión de los mismos. En tanto no se produzca dicha revisión, prevalecerá el PRUG sobre el planeamiento urbanístico, salvo en aquellas determinaciones de este último que impliquen un nivel de protección más alto sobre los valores ambientales y culturales que las correspondientes del PRUG.

Las determinaciones de este Plan se interpretarán según el sentido propio de la materia de que se trate, teniendo en cuenta la finalidad global y los objetivos del PRUG. En caso de duda, prevalecerá la interpretación que implique un nivel de protección más alto de los valores ambientales y culturales.

En caso de contradicción entre el texto y la cartografía del Plan, prevalecerá el primero sobre la segunda, salvo Aun cuando nada dijera el Plan, las disposiciones del PRUG son prevalentes, imperativas e implican de facto la revisión de oficio del Planeamiento Urbanístico. Se imponen de manera absoluta y necesaria.

B). En cuanto La sentencia 484/2008 . Esta Sala expresamente dispuso:

*1º.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Valenciana para el Estudio y Defensa de la Naturaleza, Acció Ecologista-Agro, por ser parcialmente contrario a Derecho el Decreto 259/2004, de 19 de noviembre, del Consell de la Generalitat Valenciana.*

*2º.- Declaramos nula la Disposición derogatoria primera del referido Decreto. Declaramos igualmente nulos los arts. 35, apartados 1 y 4; 36 d); y 73 a 81 el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural de L'Albufera aprobado por aquél.*

El artículo 35.1º, iba referido a las áreas edificadas el número 4º de ese precepto, a los entornos de núcleos urbanos históricos. Por otra parte el artículo 36 que se refería a las actuaciones urbanísticas con finalidad social contempladas en el artículo 35.4, en relación con la ordenación de las denominadas zonas de actuación del entorno de núcleos de población.

En consecuencia, la anulación decretada por la sala, en relación con el plan rector del ámbito mencionado, en absoluto se referían a los suelos no urbanizables, en donde está materializada la construcción de la actora. Esto significa que, las normas de protección que el plan rector establecía, están perfectamente vigentes y son de directa aplicación al supuesto de hecho que aquí se considera.

C).- Pese a lo que afirma el actor, lo construido no constituye un almacén donde se guardan utensilios de campo y cultivo; anexo la construcción.

Clarísimamente la ilegalidad de lo construido se deriva los propios informes obrantes en el expediente y en concreto de los siguientes:

Informe de 10 de febrero de 2005: *" construcción de una vivienda adosada una existente, destinada claramente a un uso de segunda residencia ya que la tipología constructiva determina claramente su uso posterior y difícilmente se podría considerar como de aperos de labranza, de unos 40 metros aproximadamente de una*

*sola planta, con ventanales de aluminio y solera de hormigón para porche. Sobre suelo calificado de protección especial agrícola"*

Informes estos reiterados el 18/09/08 y el 14/01/2010.

Las fotografías obrantes en los autos, demuestran claramente la naturaleza de la construcción, de manera que no es una caseta de aperos, sino una vivienda.

D).- La actuación materializada es ilegal en atención a lo que dispone el artº 35 y 36 del PRUG que establecen:

*Artº 35, 2. Los terrenos no incluidos en la citada categoría se clasificarán como suelo no urbanizable, con la calificación de especial protección.*

Con la excepción indicada en el siguiente apartado 4, el suelo no urbanizable de especial protección no podrá perder dicha clasificación y, por lo tanto, no podrá ser clasificado en el futuro como suelo urbanizable, suelo urbano o suelo no urbanizable común.

Ademas:

*Artº 36: 1. No se permite la edificación de nueva planta fuera de la categoría de ordenación denominada Áreas edificadas (E), con las siguientes excepciones previo informe favorable, preceptivo y vinculante, del Consejo Directivo del Parque Natural:*

*a) Edificaciones de uso agrícola, conforme a los requisitos establecidos por el artículo 9 y disposiciones concordantes de estas Normas. Dichos requisitos son complementarios a las determinaciones del presente Capítulo V.*

*b) Edificaciones que pudieran promoverse como equipamiento público en los sectores de las áreas de actuación preferente (A-P) y de las áreas de equipamientos y servicios (ES) en los que se permite dicho uso de acuerdo con lo establecido, respectivamente, por los artículos 82 a 85 y 86 a 89.*

Edificaciones destinadas a servicios públicos relacionados con la gestión del Parque o con las actividades de gestión de los recursos ambientales, incluyendo en este último concepto las instalaciones de prevención y lucha contra los incendios forestales y las vinculadas al saneamiento y depuración de las aguas residuales.

En consecuencia, la construcción del actor no es susceptible de legalización, dado el tipo de suelo en la que está situada.

Por otra parte, el actor ya ha sido oído en el expediente, solicitando la nulidad del acuerdo de iniciación y el archivo de lo actuado, como se desprende de lo dispuesto en el acuerdo de

iniciación de fecha de 28/06/2012, al que respondió la actora mediante escrito presentado el día 7 de agosto siguiente, afirmando la legalidad de lo construido. No ha existido indefensión, luego no es procedente la anulabilidad.

#### **QUINTO.- En lo que se refiere a la incompetencia.**

La competencia para la imposición de sanciones y restauración de la legalidad, por parte de la Generalitat, tratándose la ley de suelos no urbanizables protegidos en la comunidad valenciana ; y consiguientemente, de un suelo como el que integra el parque natural de l'albufera; procede de lo dispuesto en el artículo 255 de la LUV ; complementado con lo que establece el art. 500 del reglamento para su aplicación.

Primero de los citados preceptos expresamente te dispone que:

El ejercicio de la potestad sancionadora regulada en esta Ley corresponderá a La Generalitat, con el carácter de competencia propia en concurrencia con la municipal, cuando se trate de infracciones graves o muy graves cometidas en suelo no urbanizable. Iniciado por La Generalitat en estos supuestos el ejercicio de su competencia, el Municipio deberá abstenerse de toda actuación en el mismo asunto desde el momento en que reciba la oportuna comunicación, remitiendo a la administración autonómica las actuaciones que hasta el mismo hubiera, en su caso, desarrollado.

*2. En los supuestos del apartado anterior corresponderá también a La Generalitat, con el carácter de competencia propia en concurrencia con la municipal, el ejercicio de las potestades administrativas de protección de la legalidad urbanística.*

#### **SEXTO.- A en lo que se refiere a la prescripción.**

Tratándose de un procedimiento de restauración, con denuncia formalizada el 10 de febrero de 2005, entendemos que resulta de aplicación lo dispuesto en el artº 224 de la LUV que dispone:



El plazo de cuatro años establecido en el apartado primero no será de aplicación a las actuaciones que se hubiesen ejecutado sobre terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes, viales, espacios libres o usos dotacionales públicos, terrenos o edificios que pertenezcan al dominio público o estén incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural valenciano, o sobre suelo no urbanizable protegido, respecto a las cuales no existirá plazo de prescripción, en cuanto a la posibilidad de restauración de la legalidad y reparación al estado anterior de los bienes a que se refiere este apartado.

Esta norma es de aplicación, dado el contenido de la DT de dicho texto normativo que consideramos, ya que se trata de un procedimiento de restauración y no sancionador, iniciado después de la entrada en vigor de la LUV.

La observación, en relación con el carácter no sancionador es importante, dado que la infracción habría prescrito, ( artº 132 de la Ley 30/92 ); más el procedimiento de restauración, no tiene el carácter de sancionador, de manera que ni la presunción de inocencia, ni la aplicación de la norma más favorable resulta de aplicación.

Es más, como a la entrada en vigor de la LUV, la potestad de restauración no había prescrito; la norma especial que impone esta ley, referida a la no prescripción de esa potestad, en relación con los suelos especialmente protegidos, resulta de plena aplicación.

#### **SEPTIMO.- En lo que se refiere a la motivación**

Por motivación se puede entender, según el Diccionario del español jurídico de la RAE y el CGPJ, la " *exposición de las razones o fundamentos en que se basa una decisión* " y, por motivación del acto administrativo, la " *obligación del órgano que adopta la decisión de incluir en ella una exposición sucinta de los hechos y fundamentos jurídicos en los que se basa* "

La motivación es una garantía en contra de la arbitrariedad:

" *La motivación no consiste ni puede consistir (...) en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que ésta -en su caso- ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exegesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad" ( Tribunal Constitucional, nº 77/2000, de 27/03/2000 , Rec. Recurso de amparo 3.791/1995)*

La motivación es un requisito no sólo de forma sino también de fondo e indispensable: - La TS, Sala de lo Contencioso, de 12/04/2012, Rec. 5651/2009 en cuyo FJ 2º establece que:

"*El artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos a que alude, consistiendo la motivación, como bien es sabido, en un razonamiento o en una explicación, o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no sólo es una «elemental cortesía», como expresaba ya una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 julio 1981 , ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que «justifican» el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso- administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución "*

En el supuesto de autos, tanto el acto administrativo como el recurso esta suficientemente motivado.

Otra cosa es que esa motivación no le guste a la actora o que se confunda la motivación con otras circunstancias o argumentos que nada tienen que ver con ella.

**OCTAVO.-** Todo ello la íntegra desestimación del recurso; con expresa imposición al apelante de las costas causadas, en virtud de lo establecido en el Artº 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción que se fijan en la suma de 500 €.

#### **FALLAMOS**

Que en relación con el Recurso de Apelación nº 491/15 interpuesto por el procurador de los tribunales Dº Dolores Beltran Alcazar, en nombre y representación de Jeronimo , asistido por el letrado D. José Santandreu Pla, contra la Sentencia nº 137/15, de 20 de abril, dictada en el Recurso Contencioso- Administrativo nº 134/13, tramitado por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valencia , sobre restauración de legalidad, (Albufera), debemos hacer los siguientes pronunciamientos:





a).- **Desestimar** el recurso de Apelación formulado.

b).- **Confirmar** la sentencia dictada.

c).- Todo ello, **con expresa imposición al apelante** de las costas causadas, en los términos expuestos. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Y, para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, a su tiempo, devuélvanse los autos al juzgado de su procedencia con testimonio de la misma para su ejecución.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa , recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación: leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. magistrado ponente, D . **Carlos Altarriba Cano** , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como letrada de la administración de justicia, certifico.