



SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN Nº 2296/2015

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:  
PRESIDENTE  
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA  
MAGISTRADOS  
D. SANTIAGO MACHO MACHO  
Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

En la Ciudad de Málaga a treinta de noviembre de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el presente recurso de apelación nº 2296/2015 interpuesto contra la sentencia dictada el 30 de Septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Málaga en el que son partes apelantes [REDACTED] y [REDACTED] representados por la procuradora Dª Ana Cristina de los Ríos Santiago y parte apelada el Ayuntamiento de Málaga, representado por el procurador D. José Manuel Páez Gómez, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, en la que la ponencia correspondió al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Con fecha 30 de Septiembre de 2014 en el recurso contencioso-administrativo nº 813/2009, interpuesto inicialmente por [REDACTED] al que, una vez fallecido sustituyeron sus herederos antes mencionados, se dictó sentencia en la que se desestimó el recurso interpuesto la resolución dictada el 17 de Septiembre de 2009 por la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Málaga en la que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que acordó la demolición del exceso de lo construido en la vivienda de la parte recurrente.

**SEGUNDO:** Contra dicha sentencia, con fecha 18 de Junio de 2015, la parte demandante interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite se dio traslado a la parte apelada que se opuso al mismo por escrito presentado el 28 de Junio de 2015.



Código Seguro de verificación: S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 18/12/2017 11:46:42	FECHA	20/12/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 18/12/2017 12:56:56			
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 19/12/2017 14:49:16			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/12/2017 09:07:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==	PÁGINA	1/5





**TERCERO:** Practicadas las anteriores actuaciones, por el Juzgado se remitieron a la Sala los autos, abriéndose el correspondiente rollo de apelación con el numero anteriormente consignado, personándose en él las partes apelantes y la parte apelada.

**CUARTO:** No habiéndose interesado la celebración de vista se procedió a señalar día para deliberación y fallo el 4 de Octubre de 2017, acordándose para mejor proveer la práctica de prueba documental, y señalándose nuevamente para el 29 de Noviembre de 2017.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Se centra el objeto del recurso de apelación en determinar si la sentencia dictada en la instancia, en cuanto que, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución dictada el 17 de Septiembre de 2009 por la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Málaga, en la que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que acordó la demolición del exceso de lo construido en la vivienda de la parte recurrente, es ajustada o no a derecho, entendiéndose la parte apelante que no lo es y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque al no haber sido objeto ni cuestión controvertida, determinar si las obras eran de reforma o de reconstrucción, introducir dicha cuestión en la litis para concluir que eran de reconstrucción y por tanto no autorizable, se han infringido los arts 67.1 de la LJCA y arts 218 y 209 de la L.E. Civil, causa indefensión a la parte.

En segundo lugar porque, igualmente se han infringido dichos preceptos en cuanto que tampoco ha sido cuestión controvertida determinar si la obra llevada a cabo, alteraba la distancia existente entre la vivienda y la carretera A-7075 de Málaga a Antequera.

En tercer lugar, porque la sentencia resulta inmotivada al no expresarse los hechos probados en virtud de los cuales llega a la conclusión contenida en el fallo.

En cuarto lugar, porque se ha sufrido un error en la valoración de la prueba al concluir que las obras suponen un peligro para la seguridad vial.

En quinto lugar, porque igualmente se ha sufrido un error en la valoración de la prueba en cuanto que concluye que las obras no estaban amparadas por la licencia de obras concedida, pues ni se ha acreditado que dichas obras supongan un incremento en la inclinación de la terraza, máxime cuando se ha practicado prueba en contrario que acredita que dicho incremento resulta inexistente y que la obra llevada a cabo se correspondía con el proyecto de obras obrante en el expediente.

Por todo lo cual intereso el dictado de una sentencia por la que, revocando la dictada en la instancia se dictase otra estimando el recurso dejando sin efecto la resolución recurrida

A todo ello se opuso la parte apelada que, reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que en la sentencia constan, intereso la desestimación del recurso.



Código Seguro de verificación: S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 18/12/2017 11:46:42	FECHA	20/12/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 18/12/2017 12:56:56			
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 19/12/2017 14:49:16			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/12/2017 09:07:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==	PÁGINA	2/5





**SEGUNDO:** Entrando a conocer conjuntamente del primero y segundo de los motivos alegados por la parte apelante, que se contraen a entender, en el primero, que al no haber sido objeto ni cuestión controvertida, determinar si las obras eran de reforma o de reconstrucción, no es posible introducir dicha cuestión en la litis para concluir que eran de reconstrucción y por tanto no autorizable, se han infringido los arts 67.1 de la LJCA y arts 218 y 209 de la L.E. Civil, causa indefensión a la parte, y en el segundo, que se han infringido dichos preceptos en cuanto que tampoco ha sido cuestión controvertida determinar si la obra llevada a cabo, alteraba la distancia existente entre la vivienda y la carretera A-7075 de Málaga a Antequera, los mismo han de ser acogidos y ello no tanto porque no deba de introducirse en el actual proceso la cuestión relativa a si las obras llevadas a cabo en el inmueble, eran ser reforma o reconstrucción, sino porque, una vez que consta, por la documental practicada -- concretamente la aportación del testimonio de la sentencia dictada el 22 de Marzo de 2013 por esta Sala en el procedimiento 1205/2009, que las obras fueron calificadas como de simple "conservación y mantenimiento", no es dable, so pena de quebrantar el efecto positivo de la cosa juzgada, que sabido es, obliga a los tribunales a respetar los pronunciamientos que hayan podido dictarse en otros procedimientos y que guarden relación directa con el objeto del proceso, calificarlas en la actualidad como obras de reconstrucción, no pudiendo argüirse en su contra los dispuesto en los arts 12, 53.a) y 69.3 de la ley 8/2001 de Andalucía, pues al constituir el objeto del actual proceso la resolución de 17 de Septiembre de 2009 por la que se acordaba la demolición de lo construido por entenderse que no se había sujetado a las condiciones de la licencia, el que el inmueble se encuentra construido, con respecto a la calzada, a una distancia inferior a la permitida legalmente, es algo que excede de los límites del actual procedimiento, por lo que debe de ser omitido, todo lo cual conduce a la estimación del motivo.

**TERCERO:** Entrando a conocer del tercero de los motivos alegados por la parte que, como se anunció, estriba en entender que la sentencia resulta inmotivada en la medida en que no expresa los hechos probados en virtud de los cuales llega a la conclusión contenida en el fallo, el mismo no puede ser acogido y ello porque, no solo u por un lado, en las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso administrativo, al contrario de lo que sucede en las de la jurisdicción penal, no es preciso que se recojan en un antecedente específico los hechos que se declaran probados, sino porque ,por otro lado, una cosa es que los hechos que se tengan por probados se ajusten a la realidad probatoria y otra que no existan, pues mientras que la inexistencia puede conducir a una nulidad de la sentencia, la inexactitud conduce a la revocación, que es lo que ocurre en el actual supuesto en el que, como quedo dicho en el fundamento de derecho anterior, la Sala no participa de los hechos que el juzgado de instancia entendió relevantes para el dictado del fallo.

**CUARTO:** Por lo que respecta al cuarto de los motivos, por el que se denuncia que se ha sufrido un error en la valoración de la prueba, al concluir que las obras suponen un peligro para la seguridad vial, el mismo no puede ser acogido, y ello porque, una vez que como se dijo el objeto de la resolución no ha sido en determinar si la demolición acordada

Código Seguro de verificación: S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 18/12/2017 11:46:42	FECHA	20/12/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 18/12/2017 12:58:58			
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 19/12/2017 14:49:16			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/12/2017 09:07:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==	PÁGINA	3/5





trae causa de dicha circunstancia, sino simplemente de si las obras llevada a cabo se ajustaron a las condiciones de la licencia, el mismo resulta intrascendente en la medida en que lo es el razonamiento que se contiene en la sentencia apelada respecto a dicho particular.

**QUINTO:** Por ultimo, entrando a conocer acerca del quinto de los motivos alegados por la parte apelante que, como se dijo, se contrae a entender que se ha sufrido un error en la valoración de la prueba, en cuanto que concluye que las obras no estaban amparadas por la licencia de obras concedida, pues ni se ha acreditado que dichas obras supongan un incremento en la inclinación de la terraza, máxime cuando se ha practicado prueba en contrario que acredita que dicho incremento resulta inexistente y que la obra llevada a cabo se correspondía con el proyecto de obras obrante en el expediente, el mismo ha de ser acogido y ello por cuanto que una vez que de la pericial practicada se concluye que una vez realizadas las obras se mantiene la misma configuración, superficie y altura del inmueble, restituyéndose la cubierta con forjado unidireccional de hormigón armado, manteniéndose el mismo acabado de dicha cubierta con teja curva de cerámica y las mismas pendientes y alturas y faldones de los s existentes, así como que como informo el perito D. Laureano Campos García en el procedimiento anteriormente seguido y que dio origen a la sentencia de esta Sala dictada en el procedimiento 1205/09, dichas obras se ajustan al proyecto autorizado por el Ayuntamiento, no puede sino estimarse el motivo pues en definitiva las obras se ajustaron a la licencia concedida, no pudiendo argüirse que con ella se ha aumentado el desnivel de la cubierta, así como que con ello se incrementa el peligro, vista su distancia con la carretera pues para ello se habría hecho necesario acreditar en que medida el que la cubierta se haya construido en forma unidireccional, incrementa el peligro para la circulación, siendo así que haciendo suyo esta Sala el razonamiento que se contiene en la sentencia dictada en el procedimiento mencionado por el que se entiende que debe prevalecer una interpretación finalística frente a una literal de la licencia, procede estimar el motivo y por ende el recurso.

**SEXTO:** En cuanto al pago de las costas procesales causadas en el recurso de apelación, vista la estimación del mismo, procede no hacer especial pronunciamiento, no así en cuanto a las causadas en la instancia, con respecto a las cuales se condena a su pago a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por procuradora D<sup>a</sup> Ana Cristina de los Ríos Santiago, en nombre y representación indicados, contra la sentencia dictada el 30 de Septiembre de 2014, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 6 de Málaga, en autos nº 813/2009, y en consecuencia, revocándola, estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 17 de Septiembre de 2009 por la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Málaga,



Código Seguro de verificación: S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 18/12/2017 11:46:42	FECHA	20/12/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 18/12/2017 12:56:56			
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 19/12/2017 14:49:16			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/12/2017 09:07:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==	PÁGINA	4/5





la cual dejamos sin efecto, todo ello con condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en la instancia y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en la apelación.

Líbrense dos testimonios de la presente sentencia, uno para unir al rollo de su razón y otro para remitirlo, junto con los autos originales, al Juzgado de instancia a fin de que proceda a su ejecución.

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra sentencia juzgando en definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN:** La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.



Código Seguro de verificación: S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 18/12/2017 11:46:42	FECHA	20/12/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 18/12/2017 12:56:58			
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 19/12/2017 14:49:16			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/12/2017 09:07:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	S8K1W14CRa0pcXzmY4n7Zw==	PÁGINA	5/5



