



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº6 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tlf.: (Genérico): 951939076 . Fax: 951939176
NIG: 2906745020150000218

Procedimiento: Procedimiento ordinario 32/2015. Negociado: 2

De: D/ña. PR

Procurador/a Sr./a.: M/

AROS

Contra D/ña.: AYUNTAMIENTO DE MIJAS

SENTENCIA Nº 396 /2018

En Málaga, a 13 de noviembre de 2018.

Vistos por D. José Oscar Roldan Montiel, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de Málaga y su partido judicial, los presentes autos seguidos como Procedimiento Ordinario num. 32/2015, incoados en origen en virtud de recurso interpuesto y sostenido por la Procuradora de los Tribunales,


en nombre y representación la mercantil "Sociedad Mercantil", contra resolución dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mijas por la que se desestimó recurso de reposición frente a previa resolución denegatoria de solicitud declaración de asimilado acordada por la misma administración representada y asistido el Ayuntamiento de Mijas por la Letrada, fijada la cuantía del recurso como indeterminada, dicta la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de enero de 2015 se presentó, en origen y ante el Decanato de los Juzgados Málaga, escrito por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil "Sociedad Mercantil" contra, según tenor literal del escrito inicial, la "resolución del Sr. Secretario General D.ª (Ayuntamiento de Mijas) de fecha 13 de noviembre de 2014 y notificada a la parte el 17 del mismo mes y año, por la que fue desestimado recurso de reposición interpuesto por la sociedad recurrente contra previa resolución /Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de septiembre de 2014 que acordó desestimar la solicitud de asimilado a fuera de ordenación de la vivienda sita en Mijas Costa, recaída en el expediente solicitando en el escrito la reclamación del expediente administrativo y su posterior traslado.

1

Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/17
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




Una vez incoadas las actuaciones, previa subsanación de defectos señalados y recibido el expediente administrativo, mediante escrito presentado por la causídica de la actora, se formalizó la demanda el 8 de mayo de 2015 donde, tras aducir los hechos y razones que consideró la parte convenientes, se interesó el dictado de sentencia conforme el suplico de su escrito consistente en la anulación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mijas de 3 de septiembre de 2014, junto con la declaración de caducidad del la acción de restablecimiento por el mero transcurso del tiempo; que la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y el Decreto 60/2012 de 16 de marzo definían la situación de infracción continuada para la vertiente sancionadora y nunca para el restablecimiento; la procedencia de la consideración de la situación de asimilación al régimen de fuera de ordenación en consonancia con lo dispuesto en el Decreto 2/2012 de 10 de enero de la Junta de Andalucía; y finalmente, la consideración catastral y real de inmueble era la de semisótano como podía ser comprobado.

SEGUNDO.- Conferido traslado para contestación mediante Diligencia de Ordenación de 13 de mayo de 2015, la Letrada _____dez y en representación de la administración municipal demandada presentó el 9 de julio de aquel año escrito de contestación oponiéndose a los hechos y pretensiones deducidas de contrario, instando, previa alegación de hechos y razones de su interés, el dictado de sentencia desestimatoria con las consecuencias inherentes a la misma.

Tras lo anterior, declarada la cuantía de las actuaciones como indeterminada mediante Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de 1 de septiembre de 2015, continuaron las actuaciones su curso con el dictado, el 21 de septiembre de 2015, de auto estimando los medios probatorios que se consideraron pertinentes y útiles, incluyendo pericial judicial con necesidad de hasta tres designaciones por renunciadas previas.

No constando ninguna otra resolución de tramitación en los autos desde la comparecencia de 6 de octubre de 2017 de puesta a disposición del informe pericial, se señaló vista para el día 10 de noviembre de 2017 si bien la misma fue suspendida y celebrada finalmente le 16 de febrero de 2018. Más tarde, conferido trámite de conclusiones las mismas fueron presentadas por ambas partes en sendos escritos de fecha 5 de abril y 30 de mayo ambos de 2018, quedando los autos sobre la mesa para el dictado de sentencia mediante Providencia de 1 de junio del mismo año.

TERCERO.- Por último, D. José Oscar Roldán Montiel tomó posesión como Magistrado Juez titular de este órgano judicial el 19 de mayo de 2017, habiendo desempeñado funciones de refuerzo y apoyo a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Málaga como Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Provincia de Málaga desde 14 de abril de 2015.

Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/17
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			



Finalmente, dada cuenta de los autos pendientes de resolución, se dio curso conforme orden de antigüedad de los recursos concluidos para sentencia.


CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido todos los preceptos y formalismos legales, no así el plazo para resolver por sobrecarga de trabajo de este órgano judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente, la mercantil "PROMOCOSTA DE MIJAS, SL", se interpuso recurso contencioso contra la "resolución del Sr. Secretario General D.^a Mariola León Serrano por la que se dispuso desestimar recurso de reposición" presentado frente a previa resolución/Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mijas que denegó solicitud de declaración de régimen asimilado a fuera de ordenación. Siendo evidente el palmario error de las Letradas al atribuir la autoría de la resolución de reposición a la Secretaría cuando la misma lo que hacía era dar traslado del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local desestimando dicho recurso, y considerando a dicho órgano de gobierno municipal como el autor del verdadero acto cuestionado, en aras del principio de defensa se debe considerar que el Acuerdo de 13 de noviembre que desestimó el recurso de reposición y el previo Acuerdo denegando el reconocimiento de asimilado a fuera de ordenación adoptados ambos por la Junta de Gobierno Local son los actos aquí cuestionados.

Enmendado lo anterior (para evitar confusiones artificiosas sobre ese respecto), y acudiendo a la esencia del poco claro escrito rector, la mercantil actora, con fecha 26 de septiembre de 2014 fue notificada a la actora informe desfavorable respecto del cambio de uso de trastero a vivienda en el que se establecía un plazo de un mes para restituir las obras al uso legalmente permitido, es decir convertir las viviendas en trasteros de nuevo sobre la base de un informe municipal. Al parecer subjetivo de la mercantil recurrente, dicho informe, que era nulo atendida la caducidad de la acción de restablecimiento, se produjo un error procedimental pues, estando pendiente de resolverse el expediente 3", se emitió dicho informe desfavorable. Estando en desacuerdo con el mismo, fue objeto de recurso. Y los motivos allí alegados fueron la caducidad de la acción de restablecimiento; la aplicación del art. 53 del Decreto 60/2010 de 16 de marzo; la Sentencia nº 2572/2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con Sede en Málaga. La caducidad por cuanto que, según la parte, existía documentación emitida por la propia administración que reconocía una antigüedad de la construcción mínima de 6 años. En segundo lugar y a consecuencia de lo anterior y conforme el precepto citado, solo cabía la declaración de asimilado a fuera de ordenación por no ser posible el restablecimiento de la legalidad. Y en tercer lugar al considerar que los razonamientos de la resolución señalada eran de aplicación y salvaguardaban la petición de la parte.

Continuaba la sociedad recurrente aduciendo que no era cierto los aspectos destacados en el informe desfavorable del Ayuntamiento respecto al incumplimiento de los requisitos del artículo 53 del RDUa pues una pericial de


Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/17
	H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==		
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			



parte así lo demostraba respecto de los inconvenientes de habitabilidad y extensión expuestos por la recurrida en su informe. Negando, además, la virtualidad jurídica al concepto de "uso continuado" empleado por la administración, empleando para ello una sentencia de la Audiencia Provincial/ Sala de lo Contencioso Administrativo de Baleares de 22 de junio de 2001. El artículo 71 del RDUa se inspiraba erróneamente en conceptos propios del derecho penal que no eran de aplicación al caso que nos ocupaba que no dejaba de ser una acción de restablecimiento y no ejercicio de potestad sancionadora alguna.

Así las cosas, recordando que la presente jurisdicción, conforme la exposición de motivos de la LJCA, tenía más competencias que las meramente revisoras; la vulneración de los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva; la infracción de la normativa urbanística en base a los artículos 185.2 LOUA y 46.1 RDUa; la aplicación del principio de proporcionalidad atendida la imposibilidad de reposición de la legalidad que se decía vulnerada como señalaba la STS de 18 de febrero de 1992 y otras cuyos párrafos seleccionados se transcribieron en la fundamentación del escrito rector; la falta de motivación del informe técnico municipal sin que el Ayuntamiento estuviese en condiciones de justificar que no había actuado con arbitrariedad; por todos estos motivos se interesaba el dictado de sentencia conforme el suplico ya adelantado en los Hechos de la presente resolución.

SEGUNDO. - Conferido traslado para contestación, por el Ayuntamiento de Mijas mostró su oposición a todos los argumentos trazados de contrario. Según el escrito rector de la recurrida en autos, tras narrar la génesis administrativa de la licencia de obras otorgada en su momento y el proceso constructivo verdaderamente llevado a cabo. Para el logro de la licencia de primera ocupación, se quería obviar por la adversa que, proyectada y replanteada una planta sótano diáfana y concedida dicha licencia para tal situación constructiva, se quiso obtener dicha licencia de primera ocupación para dos locales trasteros en la planta sótano, rectificándose la licencia de primera utilización concedida el 27 de abril de 2006 para reconocer la existencia de dichos dos trasteros en la planta sótano. Pues a pesar de eso, la recurrente llevo a cabo una declaración de obra nueva y división horizontal para dar existencia a cuatro locales trasteros en la planta sótano los cuales fueron escriturados a su nombre por la mercantil actora e inscritos en el Registro de la Propiedad. Sea como fuere, dos o cuatro locales, la licencia de primera ocupación nunca fue concedida para uso de vivienda. Sin embargo, y en su condición de propietaria "de parte" del sótano solicitó el 5 de marzo de 2012 copia del expediente de licencia de obras con motivo del cambio de uso de trastero a vivienda. y ello acompañado de una serie de actuaciones protocolarias como la agrupación de fincas otorgada unilateralmente por la recurrente ante fedatario hábil en Fuengirola el 3 de julio de 2014, como también sin aclarar las circunstancias iniciales y/o futuras de dicho cambio de uso para vivienda de los trasteros que fueron originalmente autorizados por la licencia de primera ocupación, agravado lo anterior ante la imposibilidad de los técnicos municipales de entrar en el inmueble cuando se personaron el 4 de febrero de 2013 para girar visita de inspección para

Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==	PÁGINA 4/17
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




determinar el alcance de las obras llevadas o que se estuviesen llevando a cabo en aras de dar condiciones de habitabilidad a lo que eran locales trasteros.

Con tal estado de cosas, solicitado un Régimen de Asimilado a Fuera de Ordenación "RAFO" el 19 de junio de 2013, la misma se fundó en un dictamen de un arquitecto que, sin razón alguna justificaba la antigüedad de la construcción en más de seis años y que, en realidad, no se trataba de un sótano sino un semisótano y, a su particular saber y entender, era vividero. Pero ello no era así atendido el informe técnico municipal elaborado al hilo del RAFO tramitado. Frente a dicho informe, la mercantil recurrente sostuvo en alegaciones que, al tratarse de un supuesto de asimilado a fuera de ordenación, no cabía exigirle los requisitos propios urbanísticos que se decían por el técnico municipal. Aún así, emitido informe desfavorable por los servicios jurídicos y denegada la solicitud, la recurrente formuló el recurso contencioso por el que, aquí y ahora, se interpelaba al Ayuntamiento de Mijas. Con tales hechos, considerando la parte que, sobre la base de los actos sometidos a licencia urbanística y el alcance de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada como consecuencia de actos o usos llevados a cabo sin licencia o al margen de la misma, considerando que el uso indebido legitimaba la competencia municipal para el restablecimiento al tratarse de un uso continuado; considerando que no había caducado la acción de restablecimiento contenida en el acuerdo de denegación del RAFO y la intención de traslada lo actuado al Departamento de Disciplina a los efectos procedentes al considerar que el plazo de seis años previstos en el art. 185.1 de la LOUA no había transcurrido máxime cuando la contraria no había cumplido con la carga de la prueba de acreditar la antigüedad junto con el uso continuado; y, en definitiva, ante la improcedencia de reconocer la situación de asimilado a fuera de ordenación por lo ya dicho como por la propia falta de aptitud, habitabilidad y salubridad de lo que era, en origen, un local diáfano convertido más tarde en una vivienda sin licencia para llevar a cabo dicha obra, procedía el dictado de sentencia desestimatoria con los pronunciamientos inherentes.

TERCERO.- Una vez aclarados y sintetizados ambos escritos (o tratado de conseguir dicha aclaración y síntesis), no está demás traer a colación **la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede Granada, Sección 4ª de 24 de marzo de 2014** (seguida por otras muchas posteriores como las de 9 y 22 de diciembre ambas de 2014), en la cual, además de tratarse otras cuestiones, se reflexiona y resuelve sobre la cuestión de al régimen de Asimilado a Fuera de Ordenación (lo que la parte actora llamaba RAFO). Según dicha completa resolución:

"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

Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/17
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




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. Fermín 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

Código Seguro de verificación:H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/17
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




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

Código Seguro de verificación:H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11	PÁGINA	7/17
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==	
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




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; (...no se transcribe al referirse a construcciones en suelo NO Urbanizable lo cual no es el supuesto de autos).

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


Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/17
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			



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.- Descendiendo al supuesto objeto de la presente litis, lo primero que debe despejarse es una duda que, planteada y resuelta por la actora a efectos de generar una dinámica dialéctica positiva a sus intereses, en realidad no se discutió. Ni el informe técnico municipal del que luego se hablará ni el informe elaborado por el perito judicial ponían en duda que la construcción del edificio donde se ubicaba el local destinado, tiempo después, a vivienda, había sido construido con suficiente antelación como para evitar una acción de restablecimiento dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 185.1 de la LOUA 7/2002 de 17 de diciembre. Si se atiende al documento nº 2 de la contestación, consistente en la licencia de obras y construcciones, resulta que la misma fue concedida el 25 de junio de 2004; y según el documento nº 5 del escrito rector del Ayuntamiento de Mijas la licencia de Primera Ocupación ya se solicitó en escrito de fecha de entrada el 1 de diciembre de 2005. De dicho documento ya se destaca un aspecto primigenio más que trascendental; dicha solicitud, presentado por Valerio Rodríguez España sin identificar si actuaba en nombre propio o como representante legal de tercero, se solicitaba dicha licencia de Primera ocupación para "8 viviendas en la calle Benarmargosa Nº 16, refiriendo además, de forma destacada en mayúsculas que se había terminado la "TOTALIDAD" de dicha construcción. A más a más, se aportó como documento nº 6 de la contestación, certificación emitida por el Director facultativo de la obra, el arquitecto en el que se certificaba que las obras se habían concluido conforme al proyecto redactado "por mi". En dicho certificado, a su vez, también se recogía otro aspecto destacado en la línea de lo anteriormente dicho pues se refería a la planificación y ejecución de ocho viviendas y "planta sótano diáfano". Todos estos documentos aportados por la demandada, NUNCA fueron impugnados por la mercantil "I"

"_ni en su autenticidad ni en su eficacia probatoria; ni la recurrida

Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/17
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




Se solicitó y obtuvo licencia de obras y ulterior de Primera Ocupación para ocho viviendas; y nunca se pidió autorización para dicha "novena vivienda". Más tarde, con fecha de entrada 15 de enero de 2014 (folio 75) se presentó solicitud instando la tramitación de dos licencias (una por el RAFO y otra para agrupación de fincas), instando respecto al "sótano", de modo unilateral la sociedad actora y erigiéndose a modo de "sumun" de poder de legislar, interpretar v ejecutar, "se modifique a los efectos oportunos" pues el criterio del " " arquitecto técnico municipal, "no tendría mucho sentido" al ser, según el superior parecer del representante de la actora D

un "semisótano"; y que no tendría mucho sentido denegar la situación de asimilado simplemente "por una palabra que el (el técnico municipal) considera sótano". Más tarde, el 9 de enero de 2015, se presentó nuevo escrito presentado por el S el Sr (quien sería finalmente le arquitecto de la parte en la prueba pericial particular de estos autos), señalando en el escrito que solicitaban cita con el Alcalde del Ayuntamiento de Mijas "para intentar resolver de una manera civilizada este asunto". No alcanza a comprender este juzgador a que se refería la representación de la mercantil con que se quería intentar resolver "civilizadamente" el asunto. Pero sobran más interpretaciones sobre el modo de proceder ante la administración de la recurrente y su representación.

Pero sobre todo, es definitivo para la cuestión planteada, el informe técnico municipal, en concreto el firmado por el arquitecto técnico municipal (folios 70 y 71). En dicho informe, el citado técnico, y tras consulta de los datos obrantes, sostuvo que los terrenos en los que se ubicaba la edificación objeto de dicho informe RAFO se clasificaban según el PGOU, aprobado definitivamente, el 16 de diciembre 1999, y adaptación parcial a la LOUA aprobada definitivamente el 26 de marzo d 2010 como Suelo Urbano Consolidado, Sector L-2, con calificación POP2. Tras destacar que no constaba informe de la Policía Local respecto de finalización o realización de obras, según el levantamiento de planos y girada visita de inspección el 10 de septiembre de 2013 se comprobó que el inmueble que ahora se usaba como vivienda situada en la planta sótano, contaba con las dependencias de estar-cocina, pasillo, dos dormitorios y baño con una superficie total construida de 57,04 m2. Y tras consultar la base de datos del Departamento de Urbanismo municipal, se constató la existencia de licencia de obras para la construcción de "8 viviendas y sótano diáfano", sin que constase licencia de obras para la adaptación del sótano diáfano a vivienda por lo que era presumible que se habían hecho al margen de la legalidad.


Con tal estado de cosas, teniendo evidenciadas en los párrafos que anteceden las maniobras urbanísticas tan evidentemente maliciosas de la parte actora que, obteniendo en su momento licencia de obras y ulterior licencia de primera edificación sobre la base de un proyecto básico y ulterior reformado que NO incluía as sino solo 8; convertido lo que no era más que un sótano diáfano en una vivienda llevando a escondidas las obras al no contarse con el más mínimo permiso de obras para dicha novación y, una vez sorprendido, exigir la declaración o reconocimiento de asimilado a fuera de ordenación conforme el

Código Seguro de verificación:H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/17
			
H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			



art. 53 del RDU 60/2010 es, a todas luces un abuso de derecho que no se puede tolerar ni mucho menos estimar.

Pero aún cuando así no se considerarse, cuando fuese dable en derecho burlar las licencias concedidas para llevar a cabo lo que se pretende en aras del solo interés particular, **es razón para decidir y motivo principal para este Juez para desestimar el recurso contencioso**, que el sótano convertido en "vivienda" no reunía los requisitos necesarios de habitabilidad y salubridad que, conforme el art. 53 del RD antes citado, al menos se deberían cumplir para tolerar dicha tamaña ilegalidad. Para dicha conclusión es prueba contundente para este juzgador en la presente instancia **el informe técnico municipal indicado en los folios 70 y 71** del que ha se hizo examen anteriormente. **En dicho informe y además de lo ya dicho más arriba, se hacía constar que,** conforme a "la Ordenanza Urbanística para el establecimiento de las Normas Mínimas de Habitabilidad", conforme el <<art. 4º de la misma atinente a las "Condiciones de Seguridad" y respecto al punto 2 de dicho precepto, no quedaban justificado las exigencias básicas de protección contra incendios así como los medios de evacuación conforme a la normativa vigente>>. Asimismo, se informó por el técnico municipal que, atendido al art. 5º de dicha Ordenanza, <<no se aporta documentación gráfica en la que justifique las instalaciones básicas (fontanería, saneamiento, electricidad, evacuación de humos, etc)>>. Por su parte, respecto a los incumplimientos del art. 6º (atinente a las "Condiciones mínimas de Habitabilidad y Funcionalidad", se decía por el técnico municipal que <<el apartado "b" las piezas habitables no pueden estar en planta sótano, en la documentación aportada se sostiene que la vivienda se debe considerar como "semisótano" al tener iluminación y ventilación natural a fachada y patio. Al margen de que la ventilación a fachada no alcanza el mínimo fijado y el patio no puede considerarse como "patio de luces" al no alcanzar la superficie mínima establecida para tener dicha consideración, cuestión que se analizará posteriormente, según el art. 192 del PGOU se define como sótano "la planta situada por debajo del plano origen de alturas" Tenemos que entender que cuando la ordenanza indica que las piezas habitables no pueden estar en planta sótano, se refiere a la definición del sótano referida en el vigente PGOU. // el apartado "d" todas las piezas habitables deben disponer de iluminación natural desde un espacio abierto exterior o patio de luces. Conforme el art. 204 del vigente PGOU, los patios que dan ventilación a cinco plantas, caso que nos ocupa, deben tener una superficie mínima de 16 m2 . Para ser considerados "patio de luces" el patio al que ventila la vivienda que nos ocupa tiene una superficie 14,10m2, por lo que el patio existente no puede considerarse válido par la justificación de este apartado". Terminaba el citado informe señalando "respecto al estar-cocina, dependencia que se ilumina con sendas ventanas de 0,37x1mt al a calle Río Benamargosa, dado que la superficie de la dependencia es de 14,80 m2 y que el apartado "d" de la Ordenanza fija una superficie de iluminación mínima 1/10 de superficie, lo que equivale a 1,48 m2, es evidente que en esta dependencia igualmente se incumple el apartado "d" del art. 6º". Finalmente se concluía por el técnico municipal que se incumplían las letras "b" y "d" del art. 6 de la Ordenanza Urbanística, por lo que se informaba desfavorablemente. Dicho

<p>Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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.</p>			
FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/17
<p>H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==</p>  <p>H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==</p>			




Informe técnico vino seguido de un completo informe de la Asesoría Jurídica municipal (folios 89 a 97 del expediente administrativo en el que se concluía que el "sótano" que se pretendía considerar como vivienda, en cuanto a su "aptitud para el uso" era "NO ACREDITADO", no debiendo declararse dicha finca como asimilado a fuera de ordenación por no cumplir con las condiciones mínimas de habitabilidad ni quedar acreditado la aptitud para el uso que se pretendía.

Con tales categóricos informes, recordando la presunción de veracidad del que goza el técnico sobre la base legal del entonces vigente art. 137.3 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC, es parecer de este juzgador que en modo alguno concurría razón de nulidad o anulabilidad en la decisión municipal hoy interpelada.

Es cierto que dicha presunción del entonces vigente art. 137.3 de la Ley sustantiva 30/1992 es de carácter "iuris tantum" y contra la misma cabe prueba en contrario. Pero en el caso de autos, la pericial aportada por la actora consistente en el informe elaborado por el arquitecto Alonso Gutiérrez Martín cuya documentación constaba unida al expediente administrativo dentro del Anexo de un total de 37 folios. Pero dicho arquitecto, en aras de beneficiar la pretensión ejercitada en su momento en la vía administrativa, creo la categoría de planta "semisótano" para justificar la habitabilidad (folio 30) sin detallar cual de los preceptos de la norma de planeamiento municipal lo reconocía. A su vez, hablaba de la existencia de un "patio de luces" <<tipo ingles>>, obviando por completo y de forma intencionada la cuestión de la superficie mínima que debería tener. Más tarde, con respecto a la iluminación daba a entender que bastaría con ampliar los huecos de luces, sin atender al ya de por si viciado proceso generatriz del inmueble, y tratando de sustituirlo por lo que a su criterio era la solución cual era "agrandando" las ventanas hasta llegar a la dimensión requerida. Absolutamente nada se decía sobre la cuestión de la seguridad y las medidas necesarias antiincendios. Con tal insuficiente explicación, no considera este juzgador menoscabada la presunción de veracidad del informe técnico municipal y sobre todo las apreciaciones e incumplimiento allí destacados. Pero es que, además, durante la práctica de la prueba pericial personal del antes citado, el mismo partía de una errónea concepción; y es de sus primeras preguntas parecía que el perito creía que bastaba que hubiese pasado el plazo de seis años de la posibilidad de ejercicio municipal del restablecimiento para que el RAFO fuese estimado (si bien más tarde dijo que, con el hecho de la antigüedad era viable el RAFO), cuando como demuestra la literalidad del art. 53 del RDU es necesario otros requisitos. Por otra parte, erraba nuevamente el perito al considerar que el cambio de destino "estaba acreditado desde 2006". Sin embargo, el cambio reconocido no era el de vivienda sino, como resulta ya examinado en los párrafos que preceden, lo que estaba reconocido era de "zona diáfana" a "local trastero", pero nunca a vivienda. Finalmente, resulta inadmisibles que se pretendiese por dicho perito, y en definitiva por la Letrada de la actora en las últimas preguntas de su ramo que no cabía la aplicación de la norma que no estaba vigente al tiempo de pedir el RAFO, cuando el propio actuar subrepticio de la recurrente (que partiendo de una situación de voluntaria ilegalidad, no se sabe cuando se ejecutaron realmente las obras de conversión de

Código Seguro de verificación: H2yfgJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/17
		H2yfgJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==	
 H2yfgJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			



zona diáfana a trastero se refiere) impide saber cuando se llevó a cabo la tabicación y restantes obras para dar la apariencia de vivienda. Por último, el perito de parte reconocía tácitamente, con la evasiva dada a la pregunta de la Letrada del Ayuntamiento de Mijas sobre que las dimensiones del patio de luces debían estar en consideración al número de plantas (dijo que no se pedía un "fuera de ordenación" sino un "asimilado a fuera de ordenación"), que, en el supuesto que nos ocupa, no lo estaba.

Es más, durante la práctica de la prueba personal admitida en autos, mientras se desarrollaba, este juzgador pudo ver las imágenes que se señalaba y en particular las recogidas entre los folios 24 a 26 de dicho anexo del expediente administrativo. Pues bien, resulta que este juzgador considera que dichas ventanas, por mucho que la Letrada de la actora pretendiese confundir la situación durante la declaración del técnico municipal, estaban casi a la altura del techo del sótano (que no vivienda) como se podrá ver por el órgano "ad quem" ante el más que probable recurso de apelación. En un hipotético caso de incendio, este juzgador en la instancia, y con tales reducidas ventanas, a la altura del suelo de la calle pero también a la altura del techo de lo que se decía vivienda y, sobre todo, con los barrotes que aparecían en la imagen de la fachada (folio 24), no puede imaginar como se podía decir por la actora, y su Letrada, que se cumplían las medidas antiincendios. También es valoración personal de este juzgador y sobre las imágenes aportadas que se eludían, intencionadamente, dos aspectos. De una parte, todas las imágenes trataban de eludir la compartimentación interna de la vivienda, tratando de enfocar la fotografía hacia el espacio abierto interior pero sin despejar la duda de cuáles eran las obras de tabicación/compartimentación realmente ejecutadas en el interior de la vivienda. Y, de otra parte pero sobre todo, NO se tomó imagen alguna del pretendido "patio ingles". De haberse llevado a cabo el reportaje fotográfico del arquitecto de la actora con un mínimo de buena fe, dicha imagen habría demostrado realmente las carencias del mismo para suministrar luz a un sótano sumergido bajo las varias plantas del inmueble plurifamiliar construido. A mayor abundamiento de la demostración del intento de engaño del informe pericial de parte actora, si se examinan los planos aportados al tiempo de la solicitud de licencia de obras (documento 4 de la demanda) y el presentado por el arquitecto bajo el nº 13 de los que conformaban el anexo (una vez extendido se ve como número de foliación administrativa el 33), en lo que se refería al <<patio ingles>> resulta que se indicaban los metros cuadrados de superficie del "dormitorio 1", "dormitorio 2"; "corredor"; "baño"; "estar-cocina". Pero, curiosamente, solo se identificó el largo del "patio ingles" pero no el ancho y, sobre todo, se eludía intencionadamente el resultado aritmético del cálculo del área de la superficie de dicho "patio de luces". Así las cosas, es claro que de haberse puestos los dos lados necesarios para el cálculo superficial, se habría visto en la necesidad de poner el resultado, y que éste sería en todo caso inferior al previsto en el PGOU y su art. 204.

Y si por si quedase alguna duda, exigida por la actora la práctica de prueba pericial judicial, resulta que el insaculado (D. Antonio Alarcón Gordo), concluyó a la vista de las normas municipales de aplicación y del examen de la documentación, que "1) El criterio para la determinación de un recinto como

Código Seguro de verificación: H2yEGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/17
 H2yEGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




sótano o semisótano viene determinado por los Planeamientos Municipales en tanto en cuanto unos son diferentes de otros. El planeamiento de Mijas NO define semisótano e indica que toda estancia por debajo de 1,50 metros sobre la rasante es considerada sótano (como pudo apreciar este juzgador en las referidas imágenes aportada por la actora, las ventanas están casi a la altura del techo y, por el lado de la vía, están sobre el suelo de la acera de la calle Benamargosa.). 2) para que un inmueble pueda acogerse a la situación de RAFO ha de cumplir las Normas de Habitabilidad publicadas por el Ayuntamiento en el BOP; 3) Dado el carácter mínimo de dichas Normas y la mención explícita e que no pueden situarse piezas habitables en sótano, el inmueble NO puede acogerse al Régimen de Asimilado Fuera de Ordenación". Ya en el acto del ramo de prueba personal, el perito respondió con solvencia y seguridad a la pregunta de la representación de la parte actora que, cuando se dio la licencia de Primera Ocupación, se dio para trasteros, NO para una novena vivienda. A pesar de los intentos de la Letrada del recurrente de alterar dichas conclusiones del perito judicial durante la práctica del ramo de prueba personal (sobre todo en la cuestión del ensanchamiento de los huecos de luz a calle Benamargosa), dichos intentos fueron vanos (siendo muy clarificador el ejemplo dado por el perito ante dicha insistencia que, aunque él quisiese ser rubio, no lo podría ser); y solo demostraron a quien aquí resuelve en la instancia que la pretensión de la parte actora se llevaba delante de forma temeraria y por el solo interés particular y a pesar de las evidencias tan palmarias en contrario, continuando con el litigio hasta las conclusiones finales insistiendo algo de lo que carecía del más mínimo recorrido ante el fracaso probatorio de la mercantil "F

en relación con el deber del art. 217.2 de la LEC 1/2000. Como colofón, a preguntas de la Letrada del Ayuntamiento de Mijas, el perito judicial respondió que las condiciones de habitabilidad NO se daban.

Para concluir, este juzgador no alcanza a comprender como por la Letrada del recurrente se instaba la aplicación del RAFO "en consonancia" con lo dispuesto en el Decreto 2/2012 de 10 de enero de la Junta de Andalucía, por cuanto que el mismo, sus principios rectores y preceptos, está destinado a regular situaciones de ilegalidad y posibles situaciones de asimilado a fuera de ordenación para construcciones llevadas a cabo en Suelo NO Urbanizable y, como ya quedaba probado desde el informe técnico municipal y la propia actora y Letrada sabían perfectamente, el sótano en cuestión se encontraban en una calle dentro de una zona calificada como Suelo Urbano Consolidado.

Por todo lo expuesto, considerando que la resolución dictada por el Ayuntamiento de Mijas era conforme a derecho sin que concurra el más mínimo atisbo de motivo de nulidad o anulabilidad, procede la completa desestimación del recurso y el rechazo de todas las pretensiones declarativas de la mercantil actora sin necesidad de más razones.

QUINTO.- Para concluir y en cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA en su redacción al tiempo de la acción origen de este procedimiento, que establece el criterio del vencimiento objetivo, desestimadas las pretensiones de la mercantil '

Código Seguro de verificación:H2yfgJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	H2yfgJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==	PÁGINA 15/17
 H2yfgJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			



procede imponer a la referida sociedad dicha condena, imposición que se hace en su integridad por temeridad. Y lo anterior por cuanto que, teniendo en cuenta la absoluta y evidente ilegalidad de la actuación constructiva de la parte actora; como la misma trató de imponer su criterio ante la administración municipal que se veía sujeta al deber del cumplimiento de la normativa urbanística de aplicación; siendo evidente que la resolución administrativa dictada era conforme a derecho y que lo que pretendía la parte no era más que su interpretación subjetiva, parcial e interesada en aras de su interés personal y, aún así, exigir ante esta jurisdicción, meramente revisora, la denostación de un acto administrativo sujeto a la estricta legalidad. Con tal modo de proceder, acrecentado por la carencia de prueba sólida y tratando de desdecir el resultado de una pericial judicial por la parte requerida cuando la misma no era de su conveniencia, se obligó a la administración municipal a litigar en defensa de la legalidad del acto administrativo durante años hasta el trámite de conclusiones, generando con ello un esfuerzo en tiempo y recurso públicos que no habría sido necesario de no haber instado la sociedad actora su acción de forma tan temeraria. En consecuencia, estimando la concurrencia de temeridad, procede la imposición a las costas en su totalidad.


Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, procede dictar el siguiente

FALLO

QUE en el Procedimiento Ordinario 649/2015, **debo DESESTIMAR Y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de la mercantil contra la resolución identificada en los antecedentes de esta resolución dictada por el Ayuntamiento de Mijas, personada bajo la representación de la Letrada (), y por ello **DEBO DECLARAR y DECLARO** que la resolución recurrida es ajustada a derecho manteniendo su contenido y eficacia, todo ello, además, **CON** la expresa condena en costas a la mercantil actora, condena que se impone en su totalidad por temeridad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y **aclaramiento** en el de dos días ante este Juzgado.

Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieren exentas, deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente (50 euros si se tratara de recurso de apelación contra sentencia o auto que ponga fin al proceso o impidan su continuación y 25 si se tratara de recurso de suplica) en la cuenta de este

Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/17
	H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==		
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			




ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Juzgado en la entidad SANTANDER con número 3932 0000 00 0032 15 lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

Código Seguro de verificación: H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==. 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	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 14/11/2018 09:54:24	FECHA	16/11/2018
	ROSA MARIA MOYA PEREZ 16/11/2018 09:24:11	PÁGINA	17/17
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==	
 H2yFGJIG/CIw+0r/Y7Qhbg==			