



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 7 DE MÁLAGA

C/ FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N

Tel.: 951938460/951938310/951938525 Fax: 951939177

N.I.G.: 2906745020100003575

Procedimiento: Procedimiento ordinario 507/2010. Negociado: A

Recurrente:

Demandado/os: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MIJAS

Representante: PEDRO SANZ PEÑA

SENTENCIA NUM 191/217

En la ciudad de Málaga, a 9 de junio de 2017.

Vistos por el Magistrado-Juez de este Juzgado, **Ilmo. Sr. D. José Luis Franco Llorente**, los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo número **507 / 2010**, interpuesto por [REDACTED], que asume su propia defensa, contra el **AYUNTAMIENTO DE MIJAS**, representado y defendido por el Letrado D. [REDACTED], siendo la cuantía del recurso **18.800 euros**.


ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Málaga el día 15 de julio de 2010, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra:

- 1- el decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Mijas de fecha 4 de noviembre de 2009, que denegó la licencia de obras solicitada el 15 de julio de 2009 para la construcción (legalización) de un muro de piedra seca de 230 m de longitud y 2 m de altura en SUP L-10, El Morralillo, Mijas (expediente licencia de obras n.º [REDACTED]); y
- 2- el decreto de 14 de abril de 2010, que inadmitió el recurso administrativo interpuesto contra el anterior.

SEGUNDO.- Subsanaos los defectos del escrito inicial, se acordó reclamar el expediente administrativo, del que una vez recibido se dio traslado a la parte

Código Seguro de verificación: /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	1/17
 /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



recurrente, que el 20 de diciembre de 2010 presentó escrito de demanda en el que después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que reputaba aplicables, terminaba suplicando se dicte sentencia que anule la resolución impugnada y reconozca el derecho del actor a obtener la licencia municipal solicitada.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación se acordó dar traslado del escrito de demanda y del expediente administrativo al demandado, que presentó su contestación el 7 de febrero de 2011 interesando la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

CUARTO.- Por auto se fijó la cuantía del recurso, y por auto se acordó su recibimiento a prueba, tras lo cual fue declarado concluso el periodo probatorio.

QUINTO.- Por haberlo solicitado las partes se acordó darles traslado de las actuaciones para que presentaran escritos de conclusiones, declarándose los autos conclusos para sentencia mediante providencia de 13 de octubre de 2015, ratificada por el auto de 9 de junio de 2017.


SEXTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales esenciales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dirige el actor su recurso contra las resoluciones de la Alcaldía del Ayuntamiento de Mijas que denegaron la solicitud de licencia de obras presentada el 15 de julio de 2009 para la legalización de un muro de piedra seca de 230 m de longitud y 2 m de altura en SUP L-10, [REDACTED], Mijas (expediente licencia de obras n.º [REDACTED]).

Código Seguro de verificación: /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	2/17
 /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Se alega como motivos del recurso que el Concejal delegado de Urbanismo que suscribió las resoluciones impugnadas, así como varios técnicos municipales relacionados con el caso, estaban incurso en motivo de abstención, y que el actor recusó expresamente al primero; su disconformidad con el informe técnico incorporado al expediente y con los que fundamentaron la orden de demolición (relativos a la naturaleza urbana de la finca del actor, la supuesta invasión del dominio público y de un camino público o vía pecuaria, la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado); la desviación de poder; y respecto de la resolución que inadmitió el recurso de reposición, que el acuerdo denegatorio de la licencia no reproducía actos anteriores firmes.

El Ayuntamiento demandado opone que el recurso es inadmisibile por haber cosa juzgada, y subsidiariamente, que procede su desestimación.

SEGUNDO.- Para resolver sobre la causa de inadmisibilidad alegada debemos recordar que por la construcción sin licencia de un muro de protección en la finca del actor, el Ayuntamiento de Mijas acordó incoar el expediente para el restablecimiento de la legalidad urbanística [REDACTED] 5, en el que se dictó resolución que ordenó la demolición de la obra.

Contra la mentada resolución interpuso el Sr. [REDACTED] un recurso contencioso-administrativo del que conoció el Juzgado número Cinco de esta provincia como procedimiento nº. 667/08, en el que recayó sentencia desestimatoria el 30 de junio de 2009, contra la que no cabía recurso.

En vista de lo expuesto debemos rechazar la causa de inadmisión alegada, ya que la cosa juzgada exige la plena identidad de sujetos, objeto y causa de pedir, siendo que en el supuesto que nos ocupa el acto que se recurre es la denegación de una licencia urbanística, y en el otro una orden de demolición, sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la relación entre ambas resoluciones.

TERCERO.- Comienza alegando el actor (fundamentos jurídico material o de fondo primero y segundo) la vulneración del deber de abstenerse y a la recusación formulada

Código Seguro de verificación: /XPgfP7IxZHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfP7IxZHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	3/17



/XPgfP7IxZHsHQ6mHwbzDw==



contra el Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Mijas y varios técnicos municipales, en los que considera concurren las causas de abstención y recusación previstas en el artículo 28.2 a) y b) de la LRJAP y PAC.

Disponía el artículo 28 de la Ley 30/1992, que

"1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado....

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

3. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

4. Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.

5. La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad".

Y conforme al artículo 29 ("Recusación"),

"1. En los casos previstos en el artículo anterior podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

3. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido.

4. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

5. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento".

Los artículos 28 y 29 de la LRJAP Y PAC regulan los motivos o causas que han de provocar la eventual abstención de las autoridades y personal de la Administración, en el conocimiento y decisión de los procedimientos de que se trate, comunicándolo a su superior inmediato, para que resuelva lo procedente, y que en otro caso, proporcionan a los

Código Seguro de verificación: /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/17



/XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==



interesados la posibilidad de recusarlos en cualquier momento de la tramitación del expediente.

En este marco, ha declarado el Tribunal Constitucional que las causas legales de abstención y recusación tienden precisamente a asegurar la imparcialidad del órgano, suponiendo dicho requisito la posibilidad de recusar a la autoridad o funcionario en quien se estime que concurre alguna de las causas legalmente tipificadas como tales, comprendiendo el derecho a formular recusación la necesidad de que la pretensión de la parte se sustancie a través del procedimiento prevenido por la ley, y que la cuestión sea decidida por un funcionario distinto del que haya sido objeto de recusación.

Aparece así la imparcialidad del órgano administrativo como una exigencia básica del procedimiento, dirigida a asegurar que la pretensión sea resuelta por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio, y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio (S.T.C. 162/1999, de 27 de sep); sujeción estricta a la Ley que supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia resolutoria no venga orientada por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o lo que es igual, por motivos ajenos a la aplicación de la norma (S.T.C. 142/1997, de 15 sep).


Por otro lado, no huelga decir que para que una autoridad o funcionario pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan fundadamente afirmar que la autoridad u órgano no es ajeno a la causa, o que permitan temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico (S.T.C. de 27 sep. 1999).

No obstante, establecen los apartados 3 y 5 del citado artículo 28 y ha interpretado la jurisprudencia, que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos administrativos en que hayan intervenido, sino que dependerá de la importancia de su intervención y de lo decisivo de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera incurrido aquel.

Mantiene el actor que el Concejal delegado de urbanismo del Ayuntamiento de Mijas [REDACTED] debió abstenerse de resolver sobre la solicitud de licencia y sobre el recurso de reposición interpuesto contra la resolución

Código Seguro de verificación: /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==, 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	5/17



/XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==



denegatoria, en el que fue expresamente recusado con base en que había sido denunciado por el Sr. [REDACTED] por la presunta comisión de delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio, medio ambiente, tráfico de influencias, prevaricación, etc, que dieron lugar al menos a las Diligencias Previas nº. [REDACTED] del Juzgado de Instrucción nº. 2 de Fuengirola.


Con su escrito de demanda aportó el actor documentación de la que resulta que el concejal Sr. [REDACTED] declaró como imputado en el Juzgado de Instrucción el día 2 de diciembre de 2009, esto es, casi un mes después de que hubiera sido dictada (el 4 de noviembre de 2009) la resolución denegatoria de la licencia.

No consta que cuando dictó aquella resolución el Sr. Concejal fuera conocedor de la existencia de las diligencias penales, y de su citación para declarar. Pero la resolución de 14 de abril de 2010, que inadmitió el recurso de reposición contra la que denegó la licencia, es posterior a la declaración judicial del Sr. [REDACTED] siendo además que en el recurso de reposición el interesado recusó (apartado cuarto) al Concejal de urbanismo, sin que se tramitara el incidente preceptivo.

Llegados a este punto podemos convenir con el demandado en la concurrencia de la causa de abstención del artículo 28. 2 a) de la LJRPA y PAC ("*tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado...*"), no así la del apartado c), enemistad manifiesta, que no consta probada). Pero vimos más arriba que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implica, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, y en el supuesto de autos aparece que la solicitud de licencia fue informada por la Arquitecta Técnica municipal D^a. Elena [REDACTED] (folios 6 y 7), por la Jefa del Servicio del Departamento de Urbanismo D^a. María de la Peña [REDACTED] (folio 11 y 12) y por el Asesor jurídico D. [REDACTED] (folio 12), proponiendo todos ellos la denegación de la licencia "*ya que el muro para el cual se solicita... ya está ejecutado y por resolución de fecha 21.08.08 se insta su demolición...*", motivación que el Decreto 4 de noviembre de 2009 se limitó a transcribir sin añadir otra consideraciones.

Por otro lado, el recurso de reposición fue informado únicamente por el Asesor jurídico D. [REDACTED], con el conforme del Jefe de la Asesoría Jurídica D.

Código Seguro de verificación: /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	6/17
			
/XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			




██████████ (folio 38), proponiendo ambos un pronunciamiento de inadmisión que el Decreto de 14 de abril de 2010 se limitó a reproducir, por lo que al margen de la sospecha de parcialidad que anima al actor no parece que el motivo de abstención/recusación hubiera influido en el resultado final del expediente.

Igual suerte desestimatoria merece la alegación de que varios técnicos municipales pudieran también estar incursos en causa de recusación, ya que las personas a las que se refiere el demandante, esto es, el ingeniero técnico D. Antonio ██████████ ██████████, la arquitecta D^a. Ana ██████████ y el arquitecto técnico D. Carlos ██████████ ██████████, no han intervenido en el expediente de licencia, debiendo significar que el primero emitió un informe el 12 de agosto de 2010 (folio 68), esto es, en fecha posterior a las resoluciones impugnadas en este recurso (de 4 de noviembre de 2009 y 14 de abril de 2010), y respondiendo otro escrito presentado por D. J. ██████████ el 8 de junio de 2010 (folios 42 y siguientes).

CUARTO.- Los motivos de impugnación desarrollados bajo los números cuatro al séptimo de la demanda (relativos a la naturaleza urbana de la finca del actor, y a la negación de que hubiera invadido el dominio público, y un camino público o vía pecuaria), deben ser rechazados conjuntamente y sin necesidad de un gran despliegue de argumentos, pues todos ellos se refieren a la disconformidad del demandante con la orden de demolición y los informes de los técnicos municipales que la fundamentaron.

Ya hemos dicho que la orden de demolición fue impugnada en vía jurisdiccional por el Sr. ██████████, de modo que en aquel procedimiento pudo y debió discutirse si procedía o no el requerimiento de legalización y si la obra era o no legalizable, de modo que zanjadas esas cuestiones mediante sentencia desestimatoria firme, no cabe reproducir ese debate en nuestro procedimiento, en el que se recurre la denegación de una solicitud de licencia precisamente porque pesaba sobre la obra una orden de demolición confirmada judicialmente, lo que impedía plantear cuestiones que ya habían sido resueltas o que pudieron serlo en el EPLU, decisión que nos parece inobjetable.

Código Seguro de verificación: /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	7/17
 /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



SEXTO.- Igual suerte desestimatoria merece la denuncia por vulneración del principio de igualdad, pues no ha probado el recurrente la existencia de un título válido de comparación que permita considerar probado un trato discriminatorio con otros vecinos, siendo además que solo cabe invocar el principio de igualdad en situaciones de legalidad.

En cuanto a la desviación de poder, definido como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, precisa para ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones de acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine.

En el caso que nos ocupa resulta evidente la conflictividad de la relación del actor con el Ayuntamiento de Mijas, pero en modo se ha probado que la denegación de la licencia obedeciera a causa distinta que la mera aplicación de la legalidad.

SÉPTIMO.- No procede condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas del procedimiento, al no advertirse hayan procedido con temeridad o mala fe procesales, conforme a la redacción originaria del artículo 139 LJCA.


VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

DESESTIMO el recurso interpuesto, sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella **No cabe Recurso ordinario.**

Código Seguro de verificación: /XPqfp7IxzhHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPqfp7IxzhHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	8/17
			
/XPqfp7IxzhHsHQ6mHwbzDw==			



Y remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

SENTENCIA

En la ciudad de Málaga, a 9 de junio de 2017.

Vistos por el Magistrado-Juez de este Juzgado, Ilmo. Sr. D. José Luis Franco Llorente, los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo número 507 / 2010, interpuesto por D. JUSTO [REDACTED], que asume su propia defensa, contra el AYUNTAMIENTO DE MIJAS, representado y defendido por el Letrado D. [REDACTED] siendo la cuantía del recurso 18.800 euros.


ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Málaga el día 15 de julio de 2010, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra:

- 1- el decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Mijas de fecha 4 de noviembre de 2009, que denegó la licencia de obras solicitada el 15 de julio de 2009 para la construcción (legalización) de un muro de piedra seca de 230 m de longitud y 2 m de altura en SUP L-10, El Morralillo, Mijas (expediente licencia de obras n.º [REDACTED]); y
- 2- el decreto de 14 de abril de 2010, que inadmitió el recurso administrativo interpuesto contra el anterior.

SEGUNDO.- Subsanados los defectos del escrito inicial, se acordó reclamar el expediente administrativo, del que una vez recibido se dio traslado a la parte recurrente, que el 20 de diciembre de 2010 presentó escrito de demanda en el que

Código Seguro de verificación: /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	9/17
			
/XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que reputaba aplicables, terminaba suplicando se dicte sentencia que anule la resolución impugnada y reconozca el derecho del actor a obtener la licencia municipal solicitada.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación se acordó dar traslado del escrito de demanda y del expediente administrativo al demandado, que presentó su contestación el 7 de febrero de 2011 interesando la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

CUARTO.- Por auto se fijó la cuantía del recurso, y por auto se acordó su recibimiento a prueba, tras lo cual fue declarado concluso el periodo probatorio.

QUINTO.- Por haberlo solicitado las partes se acordó darles traslado de las actuaciones para que presentaran escritos de conclusiones, declarándose los autos conclusos para sentencia mediante providencia de 13 de octubre de 2015, ratificada por el auto de 9 de junio de 2017.

SEXTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales esenciales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dirige el actor su recurso contra las resoluciones de la Alcaldía del Ayuntamiento de Mijas que denegaron la solicitud de licencia de obras presentada el 15 de julio de 2009 para la legalización de un muro de piedra seca de 230 m de longitud y 2 m de altura en SUP L-10, El Morraíllo, Mijas (expediente licencia de obras n.º. [REDACTED]).

Se alega como motivos del recurso que el Concejal delegado de Urbanismo que suscribió las resoluciones impugnadas, así como varios técnicos municipales relacionados con el

Código Seguro de verificación: /XPgfp7IxZHsHQ6mHwbzDw==, 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfp7IxZHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	10/17



/XPgfp7IxZHsHQ6mHwbzDw==



caso, estaban incursos en motivo de abstención, y que el actor recusó expresamente al primero; su disconformidad con el informe técnico incorporado al expediente y con los que fundamentaron la orden de demolición (relativos a la naturaleza urbana de la finca del actor, la supuesta invasión del dominio público y de un camino público o vía pecuaria, la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado); la desviación de poder; y respecto de la resolución que inadmitió el recurso de reposición, que el acuerdo denegatorio de la licencia no reproducía actos anteriores firmes.

El Ayuntamiento demandado opone que el recurso es inadmisibile por haber cosa juzgada, y subsidiariamente, que procede su desestimación.


SEGUNDO.- Para resolver sobre la causa de inadmisibilidad alegada debemos recordar que por la construcción sin licencia de un muro de protección en la finca del actor, el Ayuntamiento de Mijas acordó incoar el expediente para el restablecimiento de la legalidad urbanística ER [REDACTED], en el que se dictó resolución que ordenó la demolición de la obra.

Contra la mentada resolución interpuso el Sr. [REDACTED] un recurso contencioso-administrativo del que conoció el Juzgado número Cinco de esta provincia como procedimiento nº. 667/08, en el que recayó sentencia desestimatoria el 30 de junio de 2009, contra la que no cabía recurso.

En vista de lo expuesto debemos rechazar la causa de inadmisión alegada, ya que la cosa juzgada exige la plena identidad de sujetos, objeto y causa de pedir, siendo que en el supuesto que nos ocupa el acto que se recurre es la denegación de una licencia urbanística, y en el otro una orden de demolición, sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la relación entre ambas resoluciones.

TERCERO.- Comienza alegando el actor (fundamentos jurídico material o de fondo primero y segundo) la vulneración del deber de abstenerse y a la recusación formulada contra el Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Mijas y varios técnicos

Código Seguro de verificación: /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	11/17
 /XPgfP7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



municipales, en los que considera concurren las causas de abstención y recusación previstas en el artículo 28.2 a) y b) de la LRJAP y PAC.

Disponía el artículo 28 de la Ley 30/1992, que

"1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado....

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

3. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

4. Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.

5. La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad".

Y conforme al artículo 29 ("Recusación"),

"1. En los casos previstos en el artículo anterior podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.


3. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido.

4. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

5. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento".

Los artículos 28 y 29 de la LRJAP Y PAC regulan los motivos o causas que han de provocar la eventual abstención de las autoridades y personal de la Administración, en el conocimiento y decisión de los procedimientos de que se trate, comunicándolo a su superior inmediato, para que resuelva lo procedente, y que en otro caso, proporcionan a los interesados la posibilidad de recusarlos en cualquier momento de la tramitación del

Código Seguro de verificación: /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	12/17
 /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



expediente.

En este marco, ha declarado el Tribunal Constitucional que las causas legales de abstención y recusación tienden precisamente a asegurar la imparcialidad del órgano, suponiendo dicho requisito la posibilidad de recusar a la autoridad o funcionario en quien se estime que concurre alguna de las causas legalmente tipificadas como tales, comprendiendo el derecho a formular recusación la necesidad de que la pretensión de la parte se sustancie a través del procedimiento prevenido por la ley, y que la cuestión sea decidida por un funcionario distinto del que haya sido objeto de recusación.


Aparece así la imparcialidad del órgano administrativo como una exigencia básica del procedimiento, dirigida a asegurar que la pretensión sea resuelta por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio, y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio (S.T.C. 162/1999, de 27 de sep); sujeción estricta a la Ley que supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia resolutoria no venga orientada por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o lo que es igual, por motivos ajenos a la aplicación de la norma (S.T.C. 142/1997, de 15 sep).

Por otro lado, no huelga decir que para que una autoridad o funcionario pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan fundamentadamente afirmar que la autoridad u órgano no es ajeno a la causa, o que permitan temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico (S.T.C. de 27 sep. 1999).

No obstante, establecen los apartados 3 y 5 del citado artículo 28 y ha interpretado la jurisprudencia, que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos administrativos en que hayan intervenido, sino que dependerá de la importancia de su intervención y de lo decisivo de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera incurrido aquel.

Mantiene el actor que el Concejal delegado de urbanismo del Ayuntamiento de Mijas D. Juan Jesús [REDACTED] debió abstenerse de resolver sobre la solicitud de licencia y sobre el recurso de reposición interpuesto contra la resolución denegatoria, en el que fue expresamente recusado con base en que había sido

Código Seguro de verificación: /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	13/17
 /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



denunciado por el Sr. [REDACTED] por la presunta comisión de delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio, medio ambiente, tráfico de influencias, prevaricación, etc, que dieron lugar al menos a las Diligencias Previas nº. 3.203/2009 del Juzgado de Instrucción nº. 2 de Fuengirola.


Con su escrito de demanda aportó el actor documentación de la que resulta que el concejal Sr. [REDACTED] declaró como imputado en el Juzgado de Instrucción el día 2 de diciembre de 2009, esto es, casi un mes después de que hubiera sido dictada (el 4 de noviembre de 2009) la resolución denegatoria de la licencia.

No consta que cuando dictó aquella resolución el Sr. Concejal fuera conocedor de la existencia de las diligencias penales, y de su citación para declarar. Pero la resolución de 14 de abril de 2010, que inadmitió el recurso de reposición contra la que denegó la licencia, es posterior a la declaración judicial del Sr. [REDACTED], siendo además que en el recurso de reposición el interesado recusó (apartado cuarto) al Concejal de urbanismo, sin que se tramitara el incidente preceptivo.

Llegados a este punto podemos convenir con el demandado en la concurrencia de la causa de abstención del artículo 28. 2 a) de la LJRPA y PAC ("*tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado...*"), no así la del apartado c), enemistad manifiesta, que no consta probada). Pero vimos más arriba que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implica, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, y en el supuesto de autos aparece que la solicitud de licencia fue informada por la Arquitecta Técnica municipal D^a. Elena [REDACTED] (folios 6 y 7), por la Jefa del Servicio del Departamento de Urbanismo D^a. [REDACTED] (folio 11 y 12) y por el Asesor jurídico D. Pedro Sanz Peña (folio 12), proponiendo todos ellos la denegación de la licencia "*ya que el muro para el cual se solicita... ya está ejecutado y por resolución de fecha 21.08.08 se insta su demolición...*", motivación que el Decreto 4 de noviembre de 2009 se limitó a transcribir sin añadir otra consideraciones.

Por otro lado, el recurso de reposición fue informado únicamente por el Asesor jurídico D. [REDACTED], con el conforme del Jefe de la Asesoría Jurídica D. [REDACTED] (folio 38), proponiendo ambos un pronunciamiento de

Código Seguro de verificación: /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	14/17
 /XPgfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			




inadmisión que el Decreto de 14 de abril de 2010 se limitó a reproducir, por lo que al margen de la sospecha de parcialidad que anima al actor no parece que el motivo de abstención/recusación hubiera influido en el resultado final del expediente.

Igual suerte desestimatoria merece la alegación de que varios técnicos municipales pudieran también estar incurso en causa de recusación, ya que las personas a las que se refiere el demandante, esto es, el ingeniero técnico D. Antonio [REDACTED], la arquitecta D^a. Ana [REDACTED] y el arquitecto técnico D. Carlos [REDACTED], no han intervenido en el expediente de licencia, debiendo significar que el primero emitió un informe el 12 de agosto de 2010 (folio 68), esto es, en fecha posterior a las resoluciones impugnadas en este recurso (de 4 de noviembre de 2009 y 14 de abril de 2010), y respondiendo otro escrito presentado por D. Justo Alcázar el 8 de junio de 2010 (folios 42 y siguientes).

CUARTO.- Los motivos de impugnación desarrollados bajo los números cuatro al séptimo de la demanda (relativos a la naturaleza urbana de la finca del actor, y a la negación de que hubiera invadido el dominio público, y un camino público o vía pecuaria), deben ser rechazados conjuntamente y sin necesidad de un gran despliegue de argumentos, pues todos ellos se refieren a la disconformidad del demandante con la orden de demolición y los informes de los técnicos municipales que la fundamentaron.

Ya hemos dicho que la orden de demolición fue impugnada en vía jurisdiccional por el Sr. [REDACTED], de modo que en aquel procedimiento pudo y debió discutirse si procedía o no el requerimiento de legalización y si la obra era o no legalizable, de modo que zanjadas esas cuestiones mediante sentencia desestimatoria firme, no cabe reproducir ese debate en nuestro procedimiento, en el que se recurre la denegación de una solicitud de licencia precisamente porque pesaba sobre la obra una orden de demolición confirmada judicialmente, lo que impedía plantear cuestiones que ya habían sido resueltas o que pudieron serlo en el EPLU, decisión que nos parece inobjetable.

Código Seguro de verificación: /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	15/17
			
/XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			



SEXTO.- Igual suerte desestimatoria merece la denuncia por vulneración del principio de igualdad, pues no ha probado el recurrente la existencia de un título válido de comparación que permita considerar probado un trato discriminatorio con otros vecinos, siendo además que solo cabe invocar el principio de igualdad en situaciones de legalidad.

En cuanto a la desviación de poder, definido como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, precisa para ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones de acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine.

En el caso que nos ocupa resulta evidente la conflictividad de la relación del actor con el Ayuntamiento de Mijas, pero en modo se ha probado que la denegación de la licencia obedeciera a causa distinta que la mera aplicación de la legalidad.

SÉPTIMO.- No procede condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas del procedimiento, al no advertirse hayan procedido con temeridad o mala fe procesales, conforme a la redacción originaria del artículo 139 LJCA.


VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

DESESTIMO el recurso interpuesto, sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella **No cabe Recurso** ordinario.

Código Seguro de verificación: /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	16/17
			
/XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			




ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Y remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

Código Seguro de verificación: /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==. 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 LUIS FRANCO LLORENTE 09/06/2017 12:25:53	FECHA	09/06/2017
ID, FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==	PÁGINA	17/17
			
/XPqfp7IxzHsHQ6mHwbzDw==			