



**SENTENCIA N° 2645/2021**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEDE DE MÁLAGA**  
**SECCIÓN FUNCIONAL TERCERA**

**RECURSO APELACIÓN NÚMERO 3264/2020**

Ilma. Sra. Presidente:  
DOÑA CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL.  
Ilmos. Sres. Magistrados:  
DON MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, ponente.  
DOÑA BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO.

En la ciudad de Málaga, a veintidós de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto por la Sección funcional 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el **rollo de apelación número 3.264/2020**, dimanante de los autos de procedimiento ordinario nº 552/2010, seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Málaga, siendo parte apelante, **don** [REDACTED] representado por el procurador de los tribunales don [REDACTED] y asistido por el abogado don [REDACTED] y parte apelada, el **AYUNTAMIENTO DE MIJAS**, representado y asistido por el letrado consistorial don [REDACTED]

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó sentencia nº 112/2020, de 5 de junio, interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

**SEGUNDO.-** Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de quince días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon conclusas las actuaciones para dictar la resolución procedente.



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 1/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, teniendo efectivamente lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia nº 112/2020, de 5 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Málaga, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. [REDACTED] ahora apelante, frente a la resolución dictada en fecha 20 de mayo de 2010 por el Ayuntamiento de Mijas desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la resolución de 26 de enero de 2010, recaída en procedimiento de restablecimiento de legalidad urbanística con referencia nº E.R. 09-25, en la que se acordó requerirle para que en el plazo de seis meses siguientes al día de la recepción de la misma procediera a la demolición del inmueble ejecutado sin licencia.

La *ratio decidendi* de la sentencia apelada se contiene en los fundamentos 3º y 4º que reproducimos:

**“TERCERO.-** *Una vez delimitados los términos del debate hay que destacar en primer lugar que el carácter revisor de esta jurisdicción impide resolver en el presente pleito acerca de la caducidad del expediente que no se ha demostrado que fuera alega en vía administrativa siendo que si bien es cierto que no consta que se hiciera un segundo intento de notificación sin embargo sí aparece que el recurrente retiró la misma en la oficina de correos por lo que tan sólo concurren ciertos defectos formales que no suponen vicios o defectos de forma susceptibles de anulabilidad toda vez que el acto no carece de los requisitos indispensable para alcanzar su fin ni da tampoco lugar a la indefensión del interesado, tal y como establecía el artículo 63.2 de la ley 30/192, aplicable en el momento de los hechos, ya que ha tenido la posibilidad de realizar las alegaciones que ha estimado pertinentes, y ha tenido la posibilidad de hacer valer sus derechos en el correspondiente recurso administrativo y ante esta jurisdicción, por otra parte hay que decir que las contradicciones de las valoraciones de la oficina técnica alegadas por la recurrente no pueden ser objeto del presente pleito ya que se refiere a la ejecución subsidiaria, y que no se ha acreditado la falsedad de los informes de la policía que igualmente refiere el recurrente ni tampoco que se tramitara en vía administrativa procedimiento alguno de recusación del Concejal del Urbanismo que no puede ser por tanto alegada ahora en este pleito.*

**CUARTO.-** *Expuesto lo anterior hay que decir que del examen del expediente resulta que de los informes técnicos obrantes en el mismo se concluye que se estaban ejecutando obras sin licencia y que las mismas no eran legalizables al no encontrarse dentro de las*



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 2/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



*permitidas por el artículo 53 de la LOUA debiendo destacarse una vez llegado a este punto que la Jurisprudencia ha reconocido una marcada preferencia a los informes emitidos por técnicos situados en una posición de mayor objetividad, singularmente los informes técnicos de los servicios municipales y los informes periciales rendidos en autos, sin que en caso de divergencia sustancial entre los mismos, pueda darse prevalencia sin más al informe emitido por los servicios técnicos municipales pues ello supondría dejar sin virtualidad práctica alguna a la prueba practicada en el proceso contencioso-administrativo sin embargo en el presente supuesto deberá prevalecer la presunción iuris tantum de certeza de la actuación administrativa que no ha quedado desvirtuada pro las alegaciones vertidas por la recurrente las cuales no se han justificado con prueba suficiente tenido en cuenta que no pueden ser autorizadas por el Ayuntamiento obras ilegales y que además el mismo ante su ejecución está facultada e incluso obligado, a desplegar la actividad propia para la protección de la legalidad urbanística, y que según el Tribunal Supremo en los casos de actuaciones que, como la presente, contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal y no tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos, por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta además que no puede decirse que la resolución carezca de motivación ya que se han resuelto suficientemente las alegaciones vertidas por la recurrente que ha conocido las causas de desestimación de sus pretensiones y que tampoco se ha acreditado por el recurrente la existencia de desviación de poder (...), por todo lo cual resulta que procederá desestimar sin más el presente recurso y declarar la conformidad a derecho de la resolución impugnada.”*

**SEGUNDO.-** La defensa del apelante, Sr. [REDACTED] se alza frente a la sentencia de instancia articulando dos motivos de impugnación.

En el primero, después de reiterar las alegaciones que hizo en la instancia a propósito de la caducidad del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística, tanto en la demanda, en un escrito de 8 de abril de 2013 tras recibir el traslado de la contestación de la Administración, como en conclusiones, sostiene que la sentencia no se pronuncia sobre la caducidad y solo alude al carácter revisor de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Manifiesta que la sentencia al no entrar a valorar si se produjo la caducidad del expediente vulneró los arts. 24.1 de la CE y 56 de la LJCA, causándole indefensión y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva. Sostiene que si la sentencia no examina la caducidad, a qué viene que defienda a continuación la validez del procedimiento y diga que su patrocinado retiró la resolución de la oficina de Correos. Cierra este motivo el apelante con una prolija exposición de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza revisora de esta jurisdicción y sobre la caducidad del expediente administrativo.

En el segundo sostiene que la sentencia vulnera nuevamente el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, del art. 24.1 de la CE, al no pronunciarse la juzgadora *a quo* sobre la legalidad del acuerdo impugnado, la desviación de poder y la falta de proporcionalidad de la sanción. Afirma que el expediente de legalización nada tiene que ver con la ejecución subsidiaria, que la denuncia realizada por los policías de urbanismo



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 3/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



es falsa, que las obras realizadas por el Sr. [REDACTED] en la parcela de su propiedad [REDACTED] [REDACTED] (en la que sostiene que había construida desde tiempo inmemorial una vivienda de 160 m2, por la que abonaba el correspondiente IBI, luz y agua, y sobre la que no constaba incoado ningún expediente de ruina por parte del Ayuntamiento de Mijas), fueron meramente de conservación y reforma de la vivienda preexistente, consistentes en la reposición de techo y otros, y que no constituyeron una obra nueva, así como que la sanción de demolición de todo el inmueble, como si se tratase de una obra nueva, resulta desproporcionada.

Sobre la base de estos motivos, interesa de la Sala el dictado de una sentencia por la que se revoque la de instancia “(...), *declarando caducidad del expediente administrativo o subsidiariamente anule la resolución impugnada por desproporcionada, al tratarse de obras de reforma y mantenimiento sobre una vivienda existente, (...)*”.

**TERCERO.-** La defensa letrada de la entidad municipal apelada, el Ayuntamiento de Mijas, en su escrito de oposición al recurso de apelación formulado de adverso, interesa la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios y acertados fundamentos y aduce, en esencia, que la parte apelante, a propósito de la caducidad del expediente, reitera las alegaciones vertidas en la instancia y no realiza un examen crítico de la sentencia apelada, con lo que desvirtúa la naturaleza propia del recurso de apelación. Además, con la reiteración de estas alegaciones, viene a corroborar que efectivamente, tal y como se manifestó en la sentencia, no hizo valer la caducidad del expediente en vía administrativa, por lo que queda vedado su planteamiento en sede judicial habida cuenta del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Acerca del segundo motivo, arguye la Administración apelada que la sentencia en los fundamentos tercero y cuarto sí que se pronuncia sobre los extremos de los que la parte apelante se queja que no han sido examinados. Basta hacer lectura de estos fundamentos para comprobar que la sentencia da respuesta pormenorizada a todas las cuestiones discutidas en la instancia. Concluye que la totalidad de los alegatos esgrimidos por el apelante como motivos de impugnación en realidad no son tales, sino meras discrepancias con el criterio de la juzgadora *a quo*, y por ello no son susceptibles de fundamentar adecuadamente una impugnación, por lo que habrán de ser desestimados.

**CUARTO.-** Expuestas las posturas de las partes litigantes, hemos de señalar que aunque no lo diga expresamente el apelante en su recurso, cuando este en los dos motivos que enarbola, se queja y denuncia que la sentencia “*no entrar valorar*” la caducidad, o que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y le causa indefensión, “*al no pronunciarse la juzgadora a quo*” sobre determinadas cuestiones a las que aquel alude en el segundo motivo del recurso de apelación, lo que está propugnando, en realidad y primeramente, es que la sentencia adolece de incongruencia omisiva.

Antes de todo conviene aclarar que el efecto propio de la incongruencia omisiva no sería que, con revocación de la sentencia apelada, el tribunal *ad quem* entrara a examinar las pretensiones o cuestiones omitidas en la primera instancia, sino que la incongruencia omisiva es un vicio de nulidad de las resoluciones judiciales *ex arts. 24.1 y*



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 4/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



120.3 de la CE, 238.3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (*"La sentencia ... decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso"*) y 218.1 de la LECiv. y, por tanto, de apreciarla, habría de declararse la nulidad de la sentencia recurrida, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que se dictó para que, en su lugar, se dictara una nueva resolución suficientemente motivada que resolviera todas las cuestiones omitidas.

Sentado lo anterior, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, SSTs de 28 de septiembre de 2015 -recurso de casación nº 2.042/2013-, 9 de noviembre de 2015 -recurso de casación nº 1.866/2013- y 18 de enero de 2017 -casación nº 1.087/2016-), se incurre en incongruencia cuando cuando se produce una inadecuación entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y el *petitum* o los términos en los que las partes plantearon sus pretensiones. Al conceder más, o menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*.

A propósito de la incongruencia omisiva, ligada con el derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de motivar las sentencias, se razona extensamente en la meritada STS de 18 de enero de 2017, en al que con cita de otras del Tribunal Constitucional y de la propia Sala Tercera del Alto Tribunal, se dice:

*"Esta Sala (Cfr. STS 4 de febrero de 2016 rec. de cas. 3714/2014, ad exemplum) ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre el significado de la incongruencia omisiva en las sentencias. Su jurisprudencia, como la doctrina del Tribunal Constitucional, proclama que dicho vicio constituye, en todo caso, infracción de las normas reguladoras de las sentencia, contenidas en la LJCA, LEC y LOPJ, y que, incluso, tiene trascendencia constitucional en determinados casos en que constituye vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva residenciable en amparo ante el Tribunal Constitucional.*

*Ahora bien, como se recuerda en la STC 210/2000, de 18 de septiembre, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, desde su STC 20/1982, de 5 de mayo, que si bien es cierto que la ausencia de respuesta expresa a las cuestiones suscitadas por las partes puede generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; sin embargo no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE, o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, de 12 de noviembre; 88/1992, de 8 de junio; 26/1997, de 11 de febrero; y 83/1998, de 20 de abril, entre otras muchas).*

*Según la referida doctrina constitucional, ha de diferenciarse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas; de manera que si bien respecto de las primeras*



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 5/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Pues, en este caso, para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita y una mera omisión sin trascendencia constitucional, es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de ella (SSTC 26/1997, de 11 de febrero; 129/1998, de 16 de junio; 181/1998, de 17 de septiembre; 15/1999, de 22 de febrero; 74/1999, de 26 de abril; y 94/1999, de 31 de mayo, entre otras muchas).

La LJCA contiene diversos preceptos relativos a la congruencia de las sentencias, como el art. 33.1, que establece que los órganos del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. Impone, por tanto, la congruencia de la decisión comparándola con las pretensiones y con las alegaciones que constituyan motivos del recurso y no meros argumentos jurídicos. Por consiguiente, para determinar el sentido y alcance de la congruencia, es necesario tener en cuenta que: "en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso".

En todo caso, el respeto al principio de congruencia no alcanza a limitar la libertad de razonamiento jurídico del Tribunal de instancia, ni tampoco le obliga a seguir el orden de alegaciones de las partes, bastando con que establezca los hechos relevantes para decidir el pleito y aplicar la norma del ordenamiento jurídico que sea procedente.

El requisito de la congruencia, en fin, no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (Cfr. SSTs de 20 de diciembre de 1996 y 11 de julio de 1997, entre otras muchas).

La determinación de la congruencia de una sentencia presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 6/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



(partes) y objetivo (*petitum* y *causa de pedir*). La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado ("*petitum*") como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento ("*causa petendi*"). "*Petición*" y "*causa*", ambas conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial.

Junto a dicha noción general, precisan el alcance del requisito de la congruencia estas dos consideraciones: la congruencia procesal es compatible con el principio *iura novit curia* en la formulación por los Tribunales de sus razonamientos jurídicos; pero la incongruencia es relevante, incluso, desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y del derecho de defensa constitucionalmente reconocidos (art. 24.1 y 2 CE), cuando como consecuencia de ella se produce una modificación de los términos del debate procesal, con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa.

La motivación de las sentencias no exige una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lleva a las decisiones que incorporan, pues la motivación que la Ley y la Jurisprudencia exigen, se entiende cumplida cuando se exponen las razones que justifican la resolución a fin de poder cuestionarlas en el oportuno recurso. Lo trascendente de la motivación es evitar la indefensión, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional cuando declara que no es necesario un examen agotador o exhaustivo de las argumentaciones de las partes y cuando, incluso, permite la argumentación por referencias o "*in aliunde*".

No existe, pues, la obligación de dar una respuesta expresa y acabada a cada una de las alegaciones formuladas por las partes. Al contrario, es posible que el Tribunal se enfrente a esas alegaciones de modo general, exponiendo su propia argumentación, de modo que quepa deducir el rechazo o la admisión de los motivos en que las partes hayan apoyado sus respectivas pretensiones. Por lo demás, el silencio del órgano judicial puede no ser constitutivo de ninguna infracción del deber de motivación ni incurrir en incongruencia si, a la vista de las concretas circunstancias del caso, dicho silencio puede ser razonablemente interpretado como desestimación tácita de la pretensión ejercitada.

En este sentido, desde la STS de 5 de noviembre de 1992, esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 7/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



iter paralelo a aquel discurso.

*(...) En definitiva, la exigencia de congruencia opera con menor intensidad cuando no se la contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones esgrimidas en su apoyo. En este segundo caso aquella intensidad se debilita, de modo que no es necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación pormenorizada y explícita a todas y a cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de líneas de defensa concretas no sustanciales (sentencias del Tribunal Constitucional 26/1997 , FJ 4º; 101/1998, fj2 º, y 132/1999 , FJ 4º). (...) y STS 7 de marzo de 2014 (rec. de cas. 3276/2011).”*

Pues bien, partiendo de la premisa doctrinal expuesta, no podemos acoger el motivo de que se trata, al no apreciarse incongruencia omisiva en la sentencia de instancia. En la sentencia se parte en los fundamentos de derecho primero y segundo de una correcta delimitación de las posiciones de las partes litigantes, y en el tercero y cuarto, que arriba hemos transcrito, se abordan -con la salvedad a la que nos dedicaremos más abajo acerca de la caducidad- los motivos de impugnación articulados en la demanda, descartando la magistrada de instancia las distintas alegaciones del actor, particularmente, las de desviación de poder o falta de proporcionalidad de la resolución que acordó la demolición, a las que alude el apelante en su recurso. La sentencia, cuya valoración probatoria no tilda el recurrente que sea errónea, da prevalencia a los informes de los técnicos municipales y asume la conclusión de estos de que el actor había ejecutado obras sin contar con la preceptiva licencia municipal que, al resultar ilegalizables, habían de ser demolidas a fin de restablecer la legalidad urbanística vulnerada. En definitiva, la sentencia es congruente con la pretensión del actor, que abiertamente rechaza, de que se anulara la resolución por la que se acordó la demolición de la vivienda.

Ahora bien, en absoluto compartimos la afirmación que se hace en la sentencia de que al no haber alegado el interesado en el expediente administrativo la caducidad o perención de este, el carácter revisor de esta jurisdicción debiera impedir su planteamiento, y examen, en fase judicial. Sabido es que el art. 56.1 de la Ley de la Jurisdicción permite con toda claridad al recurrente fundamentar sus pretensiones sobre la base de cuantos motivos estime procedentes, hubieran sido o no planteados ante la Administración (al respecto, sentencias del Tribunal Constitucional 160/2001, 180/2005, 75/2008, 25/2010 y 155/2012, y en la jurisprudencia contencioso-administrativa, por todas, SSTS de 20-12-12, rec. 2.379/2010).

Mas la sentencia, pese a este erróneo entendimiento del carácter revisor de la jurisdicción, pasa a reglón seguido a valorar, y volvemos a reproducir su tenor, que “(...) si bien es cierto que no consta que se hiciera un segundo intento de notificación sin embargo sí aparece que el recurrente retiró la misma en la oficina de correos”, lo que enlaza con la existencia de vicios o defectos de forma, que no precisa, que no invalidaron el acto al no ser causantes de indefensión. Con este razonamiento la sentencia, entendemos, se está refiriendo a la existencia de irregularidades formales no invalidantes en lo que atañe a la notificación de la resolución de demolición, cuestión esta distinta de



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 8/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	





la caducidad del expediente, que es lo que ahora nos interesa, cuyo examen rechazó abordar la juzgadora de instancia de forma, como hemos visto arriba, por completo desacertada.

Por tanto, entendemos que más que una omisión de pronunciamiento acerca de la caducidad, en lo que incurre la sentencia apelada es en un incorrecta elección de la causa o del razonamiento jurídico para rechazar examinarla. En otras palabras, existe en la sentencia un pronunciamiento desatinado acerca de la caducidad que no entra a analizar si concurre, por lo que no hay vicio de incongruencia omisiva, lo que no nos releva de tener que revisar, una vez que el apelante mantiene en esta alzada que el expediente caducó -y critica la sentencia en los estrechos márgenes que esta le ha permitido-, si en efecto esto fue así. Tarea que abordamos en el siguiente fundamento.

**QUINTO.-** Resultó indiscutido entre las partes en la instancia que el plazo de caducidad del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística que nos ocupa, como ya se advertía al interesado en el propio acuerdo de inicio, es el de un año que marca el art. 182.5 de Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía: “*El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa que recaiga en el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado será de un año a contar desde la fecha de su iniciación*”. Poniendo este precepto autonómico en relación con la normativa de procedimiento administrativo común aplicable *ratione temporis*, arts. 42.3 y 44.2 de la Ley 30/1992, el plazo de caducidad habría de computarse desde la fecha de dictado del acuerdo de inicio hasta la notificación al interesado de la resolución que acordó la demolición del inmueble, produciéndose la caducidad del expediente en caso de sobrepasarse.

La resolución por la que se incoa el procedimiento de restauración del orden urbanístico perturbado y reposición de la realidad física alterada, al amparo de los arts. 181 y 182 de la LOUA, con referencia E.R. 09-25, se dicta, por delegación de la alcaldía, por la jefa del Negociado de Disciplina Urbanística, en fecha 4 de febrero de 2009 (fols. 14 y 15 del expediente administrativo), mientras que el decreto por el que se resuelve de forma expresa el procedimiento y se desestiman las alegaciones del interesado y se le requiere para que demuela la construcción ilegal en el plazo de seis meses, se dicta el 26 de enero de 2010 (fols. 89-94 del expediente), y se notifica al interesado, Sr. Alcázar Pozo, de forma personal en la oficina de correos, el día 15 de febrero de 2010 (acuse de recibo al fol. 95 del expediente), esto es, una vez transcurrido el plazo máximo de un año del que disponía la Administración municipal para resolver el expediente y notificar el acuerdo de demolición.

No podemos acoger como *dies ad quem* del cómputo del plazo el intento de notificación efectuado por el funcionario de Correos el día 2 de febrero de 2010, que resultó negativo por estar el interesado ausente del domicilio, pues ni hay una norma especial que contemple el que baste un intento de notificación para entender cumplida la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento -como sí la hay en el ámbito tributario, *ex* art. 104.2 de la Ley General Tributaria-, ni existe prueba alguna, ni tampoco se desprende del expediente



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 9/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



administrativo, de que el interesado hubiera adoptado una actitud torticera o renuente a recibir la notificación, como sostenía el Ayuntamiento de Mijas en su escrito de contestación, sino que antes al contrario, dado que cuando se dictó la resolución apenas quedaban unos pocos días para que se produjera la caducidad, hubo la Administración municipal de haber puesto un mayor celo en lograr que la resolución llegase a conocimiento efectivo del interesado dentro del plazo legalmente establecido, como pudiera ser empleando un agente notificador, y no remitirla meramente por correo certificado con acuse de recibo, con lo que se exponía a que pudiera suceder cualquier incidencia que dilatará la entrega y provocara la perención del expediente, como a la postre así sucedió, ya que el interesado estuvo ausente del domicilio cuando se intentó la notificación por el funcionario postal a las 11:30 horas del día 2/2/2010, además de que el empleado de correos no hizo el preceptivo segundo intento de entrega dentro de los tres días siguientes y, finalmente, cuando acudió el Sr. [REDACTED] a recoger la notificación en la correspondiente oficina de Correos el 15/2/2010 -trece días después del único intento de entrega-, ya había transcurrido el plazo máximo de un año para notificar la resolución.

Bien es cierto que el art. 58.4 de la Ley 30/1992, a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, establece que “(...) será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”. También lo es que el Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de 3 de diciembre de 2013 (rec. 557/2011), rectificó la doctrina declarada en la anterior de 17/11/2003, en el sentido de que el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de LRJ-PAC, en la fecha en que se llevó a cabo, no en el momento en el que la Administración reciba la devolución del envío. Mas esta jurisprudencia solo es aplicable, como aclara el propio Tribunal Supremo, en el caso de que el intento de notificación dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, además de quedar debidamente acreditado, se hubiera practicado respetando las exigencias normativas a que estuviera sujeto. Dice textualmente la citada STS de 3 de diciembre de 2013 (FJ 3º), invocada por la Administración apelada en la instancia en su escrito de conclusiones:

*“(...) la acreditación que requiere el repetido artículo 58.4 no forma parte del plazo que ha de computarse al efecto a que se refiere (de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento), sino que es sólo una exigencia de constatación; de suerte que el periodo de tiempo que transcurre entre la fecha del intento y la posterior en que se hace constar en el expediente su frustración, no prolonga aquel plazo. Por tanto y en definitiva, si el intento de notificación se lleva a cabo en una fecha comprendida dentro del plazo máximo de duración del procedimiento (siempre, por supuesto, que luego quede debidamente acreditado, y se haya practicado respetando las exigencias normativas a que esté sujeto), producirá aquel concreto efecto que dispone ese artículo 58.4 de la Ley 30/1992, con independencia o aunque su acreditación acceda al expediente cuando ya venció ese plazo” (la negrita es nuestra).*

En nuestro caso, sucede que solo hubo un primer y único intento de notificación y



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 10/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



el funcionario de Correos, al estar el destinatario ausente, no realizó un segundo intento dentro de los tres días siguientes, a lo que le obligaba expresamente el art. 42.1 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, así como se prevé también en el art. 59.2 de la Ley 30/1992. Este defecto formal en la práctica de la notificación ya fue apreciado en la sentencia apelada. Por tanto, aunque el infructuoso intento de entrega tuvo lugar dentro del plazo máximo de un año de duración del procedimiento, como no se repitió en los tres días siguientes, se incumplió la normativa reglamentaria aplicable en estos casos, así como la norma de procedimiento administrativo común, deviniendo entonces intrascendente para fijar el *dies ad quem* del plazo de un año del art. 182.5 de la LOUA, debiendo en consecuencia operar el instituto de la caducidad -que rechaza expresamente examinar la sentencia- al notificarse la resolución de demolición al interesado, insistimos, una vez transcurrido el meritado plazo, sin que conste en el expediente en momento alguno, a mayor abundamiento, que la Administración hubiera acordado la suspensión de la tramitación del procedimiento.

En definitiva, en línea con lo manifestado por la parte apelante, la Sala considera producida la caducidad del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística en el que se dictó la resolución de demolición recurrida en la instancia. Nuestra apreciación de la caducidad no habría de impedir a la Administración municipal a iniciar un nuevo procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística conculcada, al objeto de lograr la reposición de la realidad física alterada, siempre que no hubiera transcurrido el plazo que para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística establece el art. 185 de la LOUA (verbigracia, STS de 31/5/2018, rec. 2/2017, FJ 7º).

**SEXTO.-** Razones, todas las cuales, culminan en la estimación del recurso de apelación y correlativa revocación de la sentencia impugnada al no ser ajustada a derecho. Asimismo, hemos de acoger el recurso contencioso-administrativo articulado por el actor y anular la resolución impugnada al no adecuarse al ordenamiento jurídico, dada la caducidad del procedimiento administrativo en el que se dictó.

En cuanto al pago de las costas procesales causadas en ambas instancias, visto el resultado estimatorio del recurso de apelación y de la demanda, procede no hacer especial pronunciamiento en esta alzada, mientras que las originadas al actor en la primera instancia sí las imponemos sobre la Administración demandada, de conformidad con el art. 139.1 (principio de vencimiento objetivo) y 2 de la LJCA, si bien, al amparo de lo establecido en el apartado 4 de dicho precepto, se limitan a la cantidad máxima de 1.500 euros, por todos los conceptos, más IVA si se devengara.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 11/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



**FALLAMOS**

**Estimamos** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **don** [REDACTED] contra la sentencia nº 112/2020, de 5 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Málaga, de la que más arriba se ha hecho expresión, que revocamos por no ser ajustada a derecho, y en su lugar **estimamos** el recurso contencioso-administrativo formulado por aquel frente a la resolución dictada en fecha 20 de mayo de 2010 por el Ayuntamiento de Mijas desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la resolución de 26 de enero de 2010, en la que se acordó requerirle para que en el plazo de seis meses procediera a la demolición del inmueble ejecutado sin licencia, definidas *ut supra*, resoluciones ambas que anulamos por no ser conformes al ordenamiento jurídico.

Y todo ello sin costas en esta segunda instancia e imponiendo las originadas al actor en la primera a la Administración municipal demandada, con la limitación indicada.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y, una vez firme, devuélvase las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 12/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHUWC4ZDMQ6QEYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



**PUBLICACION.-** Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.



FIRMADO POR	EMILIA CAÑADAS ALCANTUD	30/11/2021 09:57:41	PÁGINA 13/13
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL	29/11/2021 16:10:42	
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO	26/11/2021 14:22:39	
	MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES	24/11/2021 10:01:04	
VERIFICACIÓN	8Y12VXHWC4ZDMQ6QEHYHHVTZJDUAH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	