

TSJ Andalucía (Granada), Sala de lo Contencioso, nº 1141/2017, de 18/05/2017, Rec 35/2016

- **Orden:** Contencioso-administrativo
- **Fecha:** 18 de Mayo de 2017
- **Tribunal:** TSJ Andalucía
- **Ponente:** Galindo Sacristan, Beatriz
- **Núm. Sentencia:** 1141/2017
- **Núm. Recurso:** 35/2016
- **Núm. Cendoj:** 18087330042017100143
- **Núm. Ecli:** ES:TSJAND:2017:3386
- **Núm. Roj:** STSJ AND 3386:2017

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SEDE EN GRANADA

SECCION CUARTA

ROLLO Nº 35/16

SENTENCIA NUM. 1141 DE 2017

Ilma Sra. Presidente:

Ilmos Srs. Magistrados:

Dña. M^a Luisa Martín Morales

Dña. Beatriz Galindo Sacristán

D^a Cristina Pérez Piaya Moreno

Granada, a dieciocho de mayo de dos mil diecisiete.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el **recurso de apelación número 35/16** dimanante del procedimiento núm. 333/14 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de los de Granada, siendo parte apelante **D. Felicísimo** que comparece representado por la Procuradora Doña María José Jiménez Hoces y asistido por Letrado y como parte apelada el **Ayuntamiento de Loja** que comparece asistido por el Letrado Sr. Jiménez Rueda.

Y D^a Milagros que comparece representada por la Procuradora Doña M^a Cristina Barcelona Sánchez y asistida de Letrado, **Don Clemente** que comparece representado por el Procurador D. Miguel Ángel García de Gracia y asistido de Letrado y **Don Ricardo** que comparece representado por D^a Antonia María Cuesta Naranjo y asistido de Letrado.

Antecedentes

PRIMERO.-En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó sentencia en fecha 6 de octubre de 2015, 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 15 días formularan su oposición al mismo, presentándose por las apeladas el escrito de impugnación de dicho recurso, en el que se solicitaban la desestimación del mismo.

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 concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente. Se planteó la cuestión de inadmisibilidad de oficio, dando traslado a las partes con el resultado que obra en autos.

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

que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.-En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales; siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Beatriz Galindo Sacristán, que expresa el parecer de la Sala.

Fundamentos

PRIMERO.-El presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia de fecha 6 de octubre de 2015 dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 de Granada , por la que se estimó parcialmente *'el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Felicísimo contra el Decreto del Teniente Alcalde Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Loja de 27 de marzo de 2014 que acuerda archivar el expediente n.º NUM000 y contra el Acuerdo de legalización de la Junta de Gobierno Local de 14 de febrero de 2014 de conformidad con lo señalado en el fundamento jurídico quinto'*.

En dicho fundamento se estima la *'obligación del Ayuntamiento de dictar resolución por la que se acuerde **restablecer** la legalidad urbanística por los hechos de fácil reparación, como es el caso de la altura y composición de medianera con vivienda n.º NUM001 fuera de normativa'*.

La apelante alega incongruencia de la Sentencia, deficiente motivación y graves errores en la valoración de la prueba:

Con respecto a las resoluciones impugnadas cuya nulidad se solicita, que el juzgador reconoce la ausencia de solicitud de legalización de obras y tramitación de conformidad con la normativa.

Y en cuanto a la proporcionalidad que conforme a lo establecido en la propia Sentencia no se dan los presupuestos de aplicación, pues consta la resolución sancionadora por infracción urbanística grave y además existe una disconformidad sustancial como el retranqueo a vial público.

En cuanto al resto de pretensiones subsidiarias excepto la estimada en la Sentencia, que el propio Arquitecto municipal reconoce la infracción relativa a la altura máxima a vía pública con elementos ciegos, y señala que es de fácil reposición. En cuanto a la altura máxima a linderos privados con elementos ciegos debería reponerse a 1:80 metros al igual que se ha estimado la eliminación de la altura y composición de medianera con vivienda n.º NUM001 .

SEGUNDO.-Son datos que se desprenden del expediente administrativo que el 30 de septiembre de 2011 la Junta de Gobierno Local acordó conceder a Don Clemente licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar en CALLE000 NUM002 (parcela NUM003 de la URBANIZACIÓN000) de Loja, en base al proyecto básico presentado. El 19 de enero de 2012 se presentó proyecto de ejecución y el 27 de febrero de 2012 se autorizó el comienzo de las obras.

La normativa urbanística de aplicación es la revisión de las NNSS y adaptación parcial a la LOUA de Loja (particularmente artículo 126 en cuanto a alturas) y las Ordenanzas de uso residencial del Plan Parcial Las Peñas (particularmente el artículo 2.13), que establecen que la altura máxima de semisótano será de 1,50 metros sobre rasante (cota de acerado en el punto medio de la fachada) hasta la cara superior de forjado de suelo de planta baja. Así se advirtió expresamente en la licencia otorgada al establecer que *'la edificación deberá adaptarse en todo momento a esta rasante y no al contrario, no permitiéndose la alteración de la calle o acerado para dar cobertura a posibles irregularidades en la edificación'*, siendo la altura del semisótano inalterable.

Establecía la licencia que los cerramientos con la finca o fincas colindantes deberán ser opacos a una altura no inferior a 1,80 metros y los cerramientos de parcela a vial podrán ser opacos hasta una altura de 0,90 metros y desde ésta a 3 metros como máximo podrán tratarse mediante alambreada tras la cual se situará un cerramiento de tipo vegetal.

En cuanto a retranqueos a vía pública se establece el de 3 metros.

El 3 de agosto de 2012 se detectaron por el inspector de obras determinados incumplimientos concretamente que el sótano tiene una altura de 1,65 metros cuando debía ser de 1,50 metros, por lo que el 7 de agosto de 2012 se acuerda la realización de actuaciones previas, requiriendo informe técnico y jurídico, que se emiten ya en el expediente sancionador n.º NUM000 .

Dicho expediente de carácter sancionador n.º NUM000 fue remitido a esta Sala, y consta emitido informe técnico de 25 de febrero de 2013 y 6 de mayo de 2013 y 23 de mayo, de los que inequívocamente se desprende que las obras ejecutadas difieren de las contempladas en el proyecto al cual se otorgó la licencia, en cuanto al incremento de la altura del semisótano proyectado de 1,50 a 1,65 metros.

El 26 de mayo de 2014 se dicta resolución sancionadora declarando que el promotor ha cometido infracción de carácter grave si bien se ha procedido a la legalización de las obras por aplicación del principio de proporcionalidad del artículo 48 del RDU en Andalucía y haciendo constar que la infracción cometida no lo es de obras de modificación o reforma sino que afectan a materia de altura de la edificación, por cuanto aun cuando la altura superada en semisótano lo sea de 'escasa entidad' afecta a su consideración como semisótano y no como planta - folios 67 a 71 del expediente sancionador-.

Consta al folio 48 del expediente de licencia de obras nº NUM004 , informe técnico que interpreta que el escrito del promotor de 16 de septiembre de 2013 es una solicitud de legalización de obras, y concluye en sentido favorable a la modificación de la licencia con el objeto de legalizar las obras en aplicación del principio de proporcionalidad y en relación con el exceso de altura en semisótano.

Se aporta el expediente correlativo de restitución en el que tras el acta de inspección de 3 de agosto de 2011 consta informe técnico de 23 de mayo de 2013 favorable a la legalización de las obras conforme a la normativa urbanística vigente. Y tras la incoación del expediente mediante resolución de 23 de agosto de 2013, se procedió a su archivo el 27 de marzo de 2014 como consecuencia de la legalización mediante modificación realizada en semisótano del expediente de licencia de obras NUM004 por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14-2-2014.

TERCERO.-Insiste el apelante en que ni existió solicitud de legalización de obras ni tramitación alguna de expediente de restitución de la legalidad urbanística alterada.

Sin embargo, aunque fue tras el dictado de la resolución de inicio de expediente sancionador y no de un expediente de legalización como tal, finalmente el promotor de la obra manifestó que las obras podrían legalizarse justificando expresamente el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 48.4 RDU de Andalucía, así consta se expresa el propio escrito que obra al folio 37 que puede asimilarse sin mucha dificultad a una solicitud de legalización.

Constan por otra parte -aunque no en el expediente de restitución sino en el de la propia licencia-, informes técnicos sobre la procedencia de la legalización de la obra y finalmente el Acuerdo sobre la misma que motivó el archivo del expediente de restitución.

No podemos, por el carácter restrictivo de las nulidades, declarar la nulidad que se pretende, pues en definitiva el procedimiento de legalización que evitó la reposición de la legalidad física alterada, se inició, y la resolución que lo termina se sustenta en informes técnicos favorables a aquella y previo escrito de legalización del promotor de la obra.

Otra cosa es si se cumplen o no los requisitos para declarar la legalización por el cauce extraordinario utilizado, cuestión que seguidamente se analizará, resolviendo la cuestión que se ha planteado mediante providencia de 27 de febrero pasado por posible ilegalidad de un apartado del artículo 48.4 del RDU.

CUARTO.-Establece el artículo 48 RDU de Andalucía que:

'4. Con carácter *excepcional* y en aplicación del *principio de proporcionalidad* se podrá solicitar y acordar la legalización de las actuaciones aún *condisconformidades no sustanciales* con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de *imposible o muy difícil reposición*. Como criterios a considerar para determinar la sustancialidad o no de la disconformidad con la ordenación urbanística, habrán de ser valorados, entre otros, los siguientes:

- a) Superficie que exceda de lo autorizado.
- b) Visibilidad desde la vía pública.
- c) Incidencia de la obra edificada en el resto del conjunto edificatorio.
- d) Solidez de la obra ejecutada.
- e) Afección a barreras arquitectónicas.

No se aplicará este principio en los supuestos contemplados en el art. [185.2](#) de la [Ley 7/2002, de 17 de diciembre](#).

No podrán beneficiarse de la aplicación de este principio los responsables de la infracción que hayan sido sancionados por infracción urbanística grave o muy grave, impuesta por resolución firme.

La resolución que ponga fin al procedimiento, dictada previos los informes técnico y jurídico que habrán de valorar el grado de disconformidad existente, habrá de motivar la aplicación del principio de proporcionalidad, y establecer la indemnización sustitutoria al aprovechamiento urbanístico materializado sin título, en su caso.

Dicha indemnización deberá abonarse con independencia de las sanciones por infracciones urbanísticas que, en su caso, procedan, sin que, en ningún caso la aplicación de lo dispuesto en este apartado podrá reportar a las personas infractoras de la legalidad urbanística la posibilidad de beneficiarse de la reducción de la sanción que contempla el art. [208.2](#) de la [Ley 7/2002, de 17 de diciembre](#) '.

La resolución de legalización impugnada, basada en el principio de proporcionalidad, solo contempla uno de los incumplimientos de la obra, quizá el más trascendente pero no el único denunciado en el escrito del recurrente de 22 de julio de 2013 y 2 de mayo del mismo año - folio 7 expediente sancionador- y analizado en la Sentencia apelada, que se refieren también al retranqueo de tres metros a la vía pública, altura máxima a vía pública y a linderos privados. Comenzando por aquél incumplimiento al que refiere la resolución de legalización, ahora el apelante, invoca en su favor el apartado del artículo 48.4 del RDU que impediría según su tenor literal, la aplicación del principio de proporcionalidad, para el caso de que el responsable de la infracción haya sido sancionado por infracción urbanística grave, impuesta por resolución firme, caso en que ahora nos encontramos no siendo controvertida la firmeza de la resolución sancionadora de 26-5-2014.

Establece el 182.3 LOUA que:

' Regirán para la solicitud, tramitación y resolución de la legalización las mismas reglas establecidas para las aprobaciones o licencias que deban ser otorgadas. Reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición'.

La LOUA tras establecer el carácter excepcional de la legalización por aplicación del principio de proporcionalidad, remite al reglamento para el establecimiento de los 'supuestos y condiciones' de aplicación de dicho principio, definiendo las bases sobre las que se asienta, que no son otras más que la no sustancialidad con la ordenación urbanística y la imposibilidad o muy difícil reposición.

Pues bien, el apartado 3 del artículo 48.4 RDU, en primer lugar resulta extraño al ámbito del restablecimiento de la legalidad urbanística en que nos encontramos al mezclar dos tipos de procedimientos independientes entre sí (basta la lectura del artículo 186 y 187 LOUA), y además en su aplicación, puede resultar ajeno a los factores en que se sustenta y encuentra su esencia el propio principio de proporcionalidad, esto es, la sustancialidad con la ordenación urbanística y la dificultad de reposición, lo que es contrario y excede del desarrollo reglamentario al que remite el precepto legal.

Podemos concretar en dos las razones por las que el artículo 48.4, dictado en desarrollo del artículo 182.3 de la LOUA, vulnera los principios de legalidad y jerarquía normativa:

-Primero, porque no se limita a desarrollar el artículo 182.3 sino que va más allá, introduciendo -a efectos de aplicación del principio de proporcionalidad- un elemento no previsto en el precepto legal. En efecto, el artículo 182.3 atiende a dos circunstancias objetivas para valorar la aplicación del principio de proporcionalidad: gravedad de las disconformidades con la legalidad urbanística y imposibilidad o dificultad de la reposición. Estos dos elementos, que son puramente objetivos, son desarrollados en los apartados a) a e) del artículo 48.4 del RDU. Ahora bien, el párrafo final de este último excluye la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en atención a un elemento -comisión de una infracción urbanística grave o muy grave- que es puramente referido a una conducta, o subjetivo, y no está previsto en el artículo 182.3 LOUA. Y este precepto no puede ser modificado por una norma de rango inferior como lo es el Reglamento impugnado, ello en base al principio de jerarquía normativa, lo que por sí sólo determina que el artículo en cuestión deba ser declarado nulo en este punto.

-Además y en segundo lugar, porque al impedir al responsable de una infracción urbanística grave o muy grave la aplicación del principio de proporcionalidad, el RDU está configurando una nueva sanción que no está prevista en la LOUA y que, en consecuencia, carece de cobertura legal. En efecto, la LOUA establece en el artículo 208 las sanciones principales de naturaleza económica y en el artículo 209 las denominadas 'medidas sancionadoras accesorias'. Entre estas últimas no se incluye la pérdida del beneficio del principio de proporcionalidad, por lo que al tipificarla el reglamento está claramente excediéndose del mandato y de la regulación contenida en el texto legal al que desarrolla.

Y la aplicación del apartado controvertido, impide en todo caso, la del principio de proporcionalidad en supuestos como la ejecución, realización o desarrollo de actos de parcelación, urbanización, construcción o edificación e instalación, o cualquier otro de transformación del uso del suelo, que sean contrarios a la ordenación territorial o urbanística, prevista genéricamente como infracción grave, lo que desde luego resulta contrario al tenor del precepto legal, y a la interpretación jurisprudencial del principio de proporcionalidad, que no impiden la aplicación a supuestos de obras de cierta entidad.

Procede conforme a las competencias atribuidas a este Tribunal, declarar la nulidad del precepto reglamentario controvertido, y con ello queda resuelta la alegación del apelante que invocaba su aplicación, que se desestima.

QUINTO.-Centrándonos ahora en el **incremento de la altura del semisótano** proyectado de 1,50 que ha pasado a tener 1,65 metros, es un incumplimiento que viene totalmente acreditado. El arquitecto Sr. Benedicto según dictamen aportado junto a la demanda, señala el incumplimiento producido y que lo es de las ordenanzas del Plan Parcial.

El arquitecto Sr. Germán a instancias de la apelada Sra. Milagros, admite el incumplimiento en 15 cm de la altura del forjado del semisótano aunque sostiene que ello lleva a la práctica totalidad de los incumplimientos denunciados.

Y compartimos la tesis de la Administración y la de la Sentencia apelada que avala la aplicación del principio de proporcionalidad, pues es clara la gran dificultad de proceder a la demolición a que llevaría la necesidad de eliminar esos 15 centímetros de exceso en la construcción del semisótano, y precisamente la finalidad del principio de proporcionalidad no es obstaculizar en cualquier caso las medidas de restauración de la legalidad urbanística infringida, sino la de suavizar la aplicación de la norma en aquellos supuestos en que un leve incumplimiento acarrea muy graves consecuencias. Y este es el caso en que nos encontramos, dada la repercusión de tal incremento de altura, en relación al resto de parámetros urbanísticos como la propia altura de la edificación tal y como señala el informe técnico municipal folios 48 y 49, n.º de plantas, edificabilidad, medianerías etc.

Se cumplen en este caso los presupuestos del apartado 3 del artículo 182 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, cuando dispone al respecto de legalización de actos y usos realizados sin la necesaria

cobertura de una licencia urbanística, que reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aún con desconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición.

El artículo citado 182.3 LOUA nos aporta una serie de criterios normativos que extraídos de la jurisprudencia, facilitarán la aplicación de aquéllos principios permitiendo legalizaciones aun contrarias a la ordenación urbanística. A este mismo respecto, y en relación con lo previsto en el artículo 48.4 del Reglamento andaluz de Disciplina Urbanística, aprobado por Decreto 60/2010, que expresa los criterios a considerar para la legalización de actuaciones con desconformidades no sustanciales con la ordenación (superficie que exceda de lo autorizado; visibilidad desde la vía pública; incidencia de la obra edificada en el resto del conjunto edificatorio; solidez de la obra ejecutada; y afección a barreras arquitectónicas), circunstancias que han sido apreciadas favorablemente a la aplicación del principio de menor demolición por la resolución impugnada y periciales aportadas y no suficientemente desvirtuadas.

En este caso la resolución municipal ha entendido que la diferencia de 15 cm de altura del cuerpo concebido como semisótano es un incumplimiento susceptible de legalización, y ciertamente no resulta irrazonable tal conclusión, pese a que con ello se produzcan otros incumplimientos en cascada.

La STS de 15-1-2002, dictada en recurso 155/1998, valora los presupuestos para decidir en aplicación del principio de proporcionalidad y a los supuestos en que, de manera general, el mismo es aplicable. A tal efecto, y tras referirse al concepto y finalidad del principio de proporcionalidad a que aludimos, así como a que las normas de planeamiento pertenecen a la categoría de las normas denominadas imperativas o cogentes, por lo que su transgresión de las mismas desencadena el mecanismo encaminado a la restauración de la legalidad vulnerada, afirma que el principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en los casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables, y sólo con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

SEXTO.-En cuanto al **retranqueo a vía pública**, las partes demandadas parten de que los semisótanos no necesariamente tienen que retranquearse ni de la vía pública ni de linderos. También la Sentencia parte de dicha conclusión cuando señala que los incumplimientos aducidos por la parte actora son consecuencia de los 15 cm de exceso construidos en el semisótano.

Sin embargo no compartimos tal conclusión y ahora sí entendemos que nos encontramos ante un incumplimiento no imposible de reparar.

El recurrente viene a denunciar tal incumplimiento desde su escrito de 7 de agosto de 2012, 9 de enero de 2013, que obran aportados como documentos nº 1 y otros de la demanda.

En primer lugar también los semisótanos son cuerpos que componen el edificio y como tales - artículo 115 NNSS de Loja y Ordenanza residencial extensiva RE-2- tienen la obligación de retranquearse.

Así establece dicho precepto - folio 163 autos- que: 'Definimos como **retranqueo** al espacio o franja de terreno comprendido entre la alineación oficial y el plano de fachada que incluya cualquier saliente o voladizo de la misma. Se podrán fijar también a los restantes linderos de la parcela. Su dimensión será establecida ortogonalmente a la alineación o linderos, desde los puntos más exteriores de la edificación, incluso vuelos si los hubiera, y para cada una de los cuerpos de distinta altura que componga el edificio.'

Con ello entendemos desvirtuada la afirmación del informe técnico municipal - folio 9 EA- de 6 de mayo de 2013, sobre que los semisótanos no computables a efectos de edificabilidad y construidos bajo rasante, podrán ocupar la totalidad de la parcela y por tanto también los espacios de retranqueo o fachada y a linderos. También la interpretación que ofrece el propio arquitecto redactor del Plan Parcial Las Peñas, Sr. Luis Manuel.

Pero es que especialmente consideramos que al exceder en altura el semisótano habría perdido tal condición por lo que tal parámetro de distancia, era de ineludible cumplimiento. Además según el artículo 133 NNSS en la medición de edificabilidad se incluyen los semisótanos cuando la cara superior del forjado de su techo se encuentre a una altura de 1,50 m o más sobre la rasante de la acera cualquiera que sea su uso, y es el caso.

La aplicación del principio de proporcionalidad para legalizar la altura del semisótano, (básicamente por la imposibilidad de reposición), no puede llevar a la legalización indirecta de otros incumplimientos producidos a consecuencia de aquél, si estos son reparables. Es decir, que aunque llegásemos a la conclusión de que el semisótano no tiene que cumplir la norma de retranqueo, no podemos olvidar que en realidad dejó de serlo por la altura alcanzada y puede y debe cumplir dicha norma.

Y no basta para aplicar el principio de proporcionalidad en este caso, la apreciación de meras dificultades en la reposición, esta tiene que ser imposible o muy difícil, lo que no se justifica en la resolución, por el contrario en este caso resulta posible según el informe del arquitecto Sr. Benedicto, y deriva de la naturaleza de lo construido en este caso.

En todo caso también conviene aquí apuntar que el informe del técnico municipal que obra al folio 9 del expediente ya advertía la aplicación de la norma de retranqueo a 3 metros y el cumplimiento del proyecto.

El perito municipal hace referencia a la posibilidad de ocupación de toda la parcela (y por tanto también de los espacios de retranqueo a fachada y linderos) las obras bajo rasante, y no es el caso al tratarse de un elemento constructivo sobre rasante según expresan las fotografías aportadas por el perito del recurrente.

El informe pericial del recurrente Sr. Benedicto , señala que existe un volumen (piscina y solárium) construidas **sobre rasante y alineadas a vial**.

El arquitecto Sr. Germán señala en lo relativo a este punto, que en efecto la piscina y terraza no se retranquen respecto al vial de acceso a los tres metros que especifica la normativa sin embargo reproduciendo los informes del Sr. Luis Manuel y Sr. Eleuterio , sostiene que los semisótanos que cumplan las condiciones establecidas en las Ordenanzas y NNSS no computan edificabilidad ni ocupación por lo que no necesariamente tienen que retranquearse, y como decíamos aun manteniendo su condición de semisótano se trata de un cuerpo constructivo que como cualquier otro ha de respetar dicha norma y en todo caso su legalización, no podía implicar la bendición de todos los incumplimientos a los que no resulte de aplicación el principio de proporcionalidad.

Y sobre tal incumplimiento no versa la resolución legalizadora de la obra, limitándose la demandada a tratar de justificar que el origen se encuentra en la altura del semisótano que no tiene que cumplir con dicho retranqueo, a lo que ya hemos dado suficiente respuesta.

Entendemos que en este caso el incumplimiento es de posible reparación, por lo que no es aplicable el principio de proporcionalidad.

En cuanto al resto de pretensiones subsidiarias, conviene detenerse en el **cerramiento de parcelas a vías o espacios públicos**- denunciado su incumplimiento en escrito de 20 de diciembre de 2012- , que conforme al artículo 174 NNSS debe realizarse con elementos ciegos de 1 metro de altura máxima completado con protecciones diáfanas estéticamente acordes con el lugar tales como pantallas vegetales o similar y hasta una altura máxima de 2,50 metros. En cuanto a los **linderos privados** la reposición ya viene reconocida en Sentencia que estima la pretensión en este aspecto, si bien especificándose ahora que la reposición debe serlo a 1,80 metros de altura máxima completados con protecciones diáfanas estéticamente acordes con el lugar, pantallas vegetales o soluciones similares hasta una altura máxima de 2,50 metros conforme al mismo artículo 174 NNSS.

SEPTIMO.-Procede la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 de Granada , por la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Felicísimo contra el Decreto del Teniente Alcalde Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Loja de 27 de marzo de 2014 que acuerda archivar el expediente n.º NUM000 y contra el Acuerdo de legalización de la Junta de Gobierno Local de 14 de febrero de 2014 de conformidad con lo señalado en el fundamento jurídico quinto, que se anulan en parte, tan solo en el sentido de declarar la obligación de la Administración de dictar resolución por la que se acuerde restaurar el orden urbanístico infringido en la vivienda situada en CALLE000 n.º NUM005 de Loja en los parámetros establecidos en las NNSS y Ordenanzas reguladoras del PP Las Peñas del Sur y concretamente en lo relativo a retranqueo a vía pública y cerramiento a vía o espacio público.

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

Fallo

1.- Declaramos nulo el apartado del artículo 48.4 del Decreto autonómico 60/10 que establece:

'No podrán beneficiarse de la aplicación de este principio los responsables de la infracción que hayan sido sancionados por infracción urbanística grave o muy grave, impuesta por resolución firme.'

Una vez firme la Sentencia se procederá a su publicación conforme al artículo [72](#) de la [LJCA](#) .

2.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Felicísimo contra la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 de Granada , por la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Felicísimo contra el Decreto del Teniente Alcalde Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Loja de 27 de marzo de 2014 que acuerda archivar el expediente n.º NUM000 y contra el Acuerdo de legalización de la Junta de Gobierno Local de 14 de febrero de 2014 de conformidad con lo señalado en el fundamento jurídico quinto, que se anulan en parte, en el sentido de declarar la obligación de la Administración de dictar resolución por la que se acuerde restaurar el orden urbanístico infringido en la vivienda situada en CALLE000 n.º NUM005 de Loja en los parámetros establecidos en las NNSS y Ordenanzas reguladoras del PP Las Peñas del Sur y concretamente en lo relativo a retranqueo a vía pública y cerramiento a vía o espacio público.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y 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 núm.: 2069000024003516, 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, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.