



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

SENTENCIA:

N11600

LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)

LB

N. I. G.:

Procedimiento:

Sobre:

De D/Dª:

Abogado:

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª

Abogado:

Procurador D./Dª

SENTENCIA 225/2016

En Vigo, a seis de junio de dos mil dieciséis.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Luis-Ángel Fernández Barrio, Magistrado-Juez del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO UNO DE VIGO, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado con el número 314/2014 a instancia de D. A.A., representado por el Letrado Sr. Paineira Maciñeiras, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por el Procurador Sr. Cornejo-Molins González bajo la dirección técnica de la Sra. Letrado de sus servicios jurídicos; contra el siguiente acto administrativo:

Resolución de la Vicepresidencia da Xerencia Municipal de Urbanismo del Concello de Vigo, de 9.6.2014 (recaída en el expediente de reposición de la legalidad urbanística 15025/423) desestimatoria del recurso de reposición formulado contra anterior Resolución de 8.6.2010 que declaraba que las obras ejecutadas en XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX nº XX, consistentes en construcción de vivienda unifamiliar, realizadas sin licencia, son incompatibles con el ordenamiento urbanístico, ordenando su demolición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se ordenó sustanciar por los trámites del procedimiento ordinario y se reclamó el expediente.

Seguidamente, se formalizó el escrito de demanda, donde se terminaba suplicando se dictase sentencia decretando la disconformidad con el ordenamiento jurídico de las resoluciones impugnadas, o subsidiariamente su anulación por caducidad del expediente; subsidiariamente, la prescripción de la acción de restauración.



La representación del Concello contestó en forma de oposición, solicitando la desestimación de la demanda.

Fijada la cuantía del pleito en 115.652,43 euros, se recibió a prueba, consistente en la documental aportada.

Se presentaron respectivos escritos de conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *De los antecedentes fácticos*

1) A raíz de denuncia urbanística, el 16 de mayo de 2003 se realizó por el inspector auxiliar de urbanismo visita de inspección a la parcela ubicada en XXXXXXXXXXXXXXXX nº XX, de esta ciudad, observando que se estaba llevando a cabo una construcción de edificio que constaba de semisótano (o sótano), planta baja y bajo cubierta, de unos 77 m² por planta. En ese momento, ya se había realizado la estructura de las columnas y los forjados de los techos; la zona bajo cubierta se había cerrado con ladrillo, y la planta baja se estaba cerrando con piedra.

Obras que no contaban con licencia municipal.

En segunda visita realizada el 2 de septiembre de 2008, se comprobó que la vivienda ya había sido ejecutada.

2) Conforme al PXOM de 2008, la parcela estaba clasificada como suelo urbanizable delimitado, incluido en el sector XXXX, pendiente de desenvolvimiento mediante plan parcial.

En diciembre de 2008, se estimó el presupuesto de ejecución material de las obras en 115.652,43 euros.

3) El 17 de diciembre de 2008, se acuerda incoar expediente de restauración de la legalidad en relación con esa edificación, pero se dirige erróneamente contra D. B.B., que ninguna vinculación poseía con el asunto, toda vez que había vendido la parcela a D. A.A. a medio de escritura pública de 8 de noviembre de 1996.

Dado que no se presentaron en ese caso alegaciones, se llegó a dictar resolución con respecto a la antigua propietaria el 4 de mayo de 2009 declarando las obras incompatibles con el planeamiento entonces vigente, ordenando su derribo.

4) Advertida la equivocación por parte de la Xerencia Municipal de Urbanismo, se acordó el 20 de julio de 2009 dejar sin efecto la dictada en mayo, al tiempo que ordenaba la incoación de expediente de restauración contra los actuales propietarios, quienes recibieron la notificación el 12 de agosto siguiente.

Los promotores de la edificación presentaron alegaciones.

Se resolvió el expediente el 8 de junio de 2010, manteniendo la incompatibilidad de lo construido con el ordenamiento urbanístico y la orden de demolición. Se notificó el 25 del mismo mes.

Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado el 9 de junio de 2014.

SEGUNDO.- *De la caducidad del expediente tramitado*

El artículo 209.4. Ley 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia dispone como plazo de caducidad del expediente de reposición de legalidad urbanística el de un año.





En el presente caso, el expediente seguido contra el ahora demandante y su esposa se incoó en fecha 20 de julio de 2009, mientras que la resolución final data del 8 de junio del año siguiente, siéndole notificada el 25 de ese mes, de lo que resulta que, evidentemente, no se cumplió el plazo de caducidad previsto por la Ley.

A estos efectos, únicamente puede tomarse en consideración el expediente incoado, tramitado y resuelto con relación al demandante, sin que puedan entrar en el cómputo del plazo las actuaciones anteriores efectuadas por la Administración municipal. Por eso, los avatares acaecidos respecto a la anterior propietaria carecen de relevancia a estos efectos: el expediente que se revisa en este proceso es el incoado al actor, de modo que el cómputo de los plazos se ha de efectuar respecto de éste, autónomamente considerado. El expediente precedente fue dejado sin efecto el mismo día 20 de julio de 2009.

Cuando tiene lugar la realización de actuaciones previas (tanto de investigación de los responsables, como de procedimientos dirigidos equivocadamente contra personas distintas), el tiempo que transcurra o la demora que se produzca hasta que se acuerde la incoación del procedimiento contra el auténtico infractor podrá tener consecuencias en orden a la prescripción de la acción, pero el tiempo que transcurra hasta que se incoa este procedimiento propiamente dicho no puede ser tomado en consideración a efectos de la caducidad. Y ello porque el instituto de la caducidad, que está al servicio de la seguridad jurídica, tiene por finalidad asegurar que una vez iniciado el procedimiento en particular contra la persona identificada como responsable la Administración lo resuelva en un plazo determinado.

Por lo tanto, se desestima este motivo de impugnación, debiéndose añadir que en este proceso no se enjuicia el expediente sancionador, sino el de reposición de la legalidad, y que este último empezó con el acuerdo de incoación y finalizó con la resolución dictada en 2010 (después confirmada en sede de recurso de reposición en 2014), sin que se advierta ningún defecto procedimental en su tramitación.

TERCERO.- De la caducidad de la acción de restauración

No cabe hablar propiamente de prescripción, sino que hay que referirse al plazo de ejercicio de la acción para las medidas de protección de la legalidad urbanística, de caducidad de la acción administrativa o de falta del presupuesto temporal habilitante para la reacción municipal contra la infracción -así la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2002, reiterando las anteriores de 22 de noviembre de 1994 y 14 de marzo de 1995.

Lo que está en cuestión, en el caso, no es el plazo para la prescripción de las infracciones urbanísticas, sino el plazo para el ejercicio de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística; hecho que, si bien suele tener un origen idéntico al del procedimiento sancionador, es cosa bien distinta, tanto en su contenido, como en sus efectos y en su regulación.

El artículo 210 de la LOUGA 9/2002 -aplicable por razones temporales- prevé, como plazo para el ejercicio de esa acción de protección frente a la realización de obras sin licencia, el de seis años.



Este es el plazo al que ha de atenderse, indudablemente, y al ser caducidad, no es susceptible de interrupción. De ahí que el argumento defensivo contenido en el escrito de contestación a la demanda (consistente en que la acción en su día dirigida contra la antigua propietaria de la parcela habría interrumpido el cómputo de la prescripción) no pueda ser acogido.

Lo que no puede perderse de vista es que el cómputo de ese plazo se inicia una vez acreditada la total terminación de las obras, cuya prueba (según reiterada jurisprudencia) no corresponde a la Administración, sino a quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad con la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del *dies a quo*. El principio de la buena fe procesal (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) impide, como señalan las SSTs de 14-5-1990, 16-5-1991 y 3-1-1992, que quien crea y mantiene una situación de ilegalidad "pueda obtener ventajas de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad" (STS de 25-2-1992).

Por otra parte, el art. 56 del Reglamento de disciplina urbanística de Galicia de 1999 determina lo que ha de entenderse por total terminación de las obras y cómo ha de acreditarse: con el certificado de final de obra, suscrito por el facultativo o facultativos competentes; en su defecto, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación o de la cédula de habitabilidad. A falta de los citados documentos, se tomará como fecha de terminación la que resulte de *cualquier comprobación de esta situación por parte de la Administración municipal*. El art. 56-2 RDU considera obras totalmente terminadas aquellas que se encuentren dispuestas para servir al fin al que estuvieran destinadas y en condiciones de ser ocupadas sin necesidad de obra complementaria de ningún tipo, *cuando así lo reconozca la autoridad que incoe el expediente*, previo informe de los servicios técnicos municipales y con audiencia al promotor de las obras.

En nuestro caso, el primer informe técnico que figura en el expediente, elaborado por el inspector auxiliar de urbanismo, pone de manifiesto que, a fecha 16 de mayo de 2003, las obras se hallaban en curso de ejecución. Como más adelante se concretaría en el expediente (informe de la arquitecta municipal de 4 de junio de 2014), de la fotografía entonces obtenida por el inspector auxiliar se desprende que aún restaban por rematar o ejecutar las partidas correspondientes a fachadas, cubierta, particiones, carpinterías, revestimientos, instalaciones y acabados. En ese mismo documento, se añade que en la fotografía aérea de 5 de agosto de 2003 obtenida del programa Google Earth se aprecia que la cubierta aún no estaba rematada.

A la parte actora, como se ha indicado, le corresponde demostrar cuándo finalizó las obras; no a la Administración. Ésta presenta unos indicios -documentos gráficos y consulta descriptiva y gráfica de bienes inmuebles de naturaleza rústica- de los que se desprende que las obras no habían sido culminadas a fecha 20 de julio de 2003, esto es, seis años antes de incoarse el expediente contra A.A.. No se ha aportado ningún elemento de prueba que desvirtúe esa aseveración. El hecho de que el demandante hubiese señalado anteriormente como domicilio suyo a efectos de notificaciones esa parcela es irrelevante a



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

estos efectos: las razones a las que obedezca esa designación son independientes de la realidad material, física y temporal de finalización de unas obras.

CUARTO.- *De la normativa urbanística vigente aplicable en la resolución administrativa*

Es doctrina jurisprudencial consolidada la que enseña que la licencia urbanística es un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado, verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público urbanístico tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente. Si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad, es claro que este derecho ha de ejercitarse dentro de los límites y en cumplimiento de los deberes establecidos por el ordenamiento urbanístico. Licencia la examinada de rigurosa naturaleza reglada, que constituye un acto debido en cuanto que necesariamente *debe* otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la *ordenación aplicable* (SSTS, Sala 3ª, de 8 julio, 22 septiembre, 16 octubre y 13 noviembre 1989 y 29 enero 1990, y de 6 mayo 1998).

Por otra parte, la propiedad inmobiliaria sometida a la legislación urbanística ha evolucionado hacia una propiedad de naturaleza estatutaria, que significa que el titular del derecho de propiedad puede hacer aquello para lo que está previa y expresamente habilitado. Así se desprende de todo el conjunto de la legislación urbanística existente en el territorio nacional y esta característica está identificada por el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en la siguiente sentencia cuando afirma lo siguiente:

"Las licencias de obras, a diferencia de las autorizaciones que implican autorizaciones de funcionamiento, se conceden para una operación singular y concreta, conforme a las normas de planeamiento que le son de aplicación. Exigen por ello una apreciación por parte de la Administración autorizante de la realidad del estado de cosas que existe en el momento *en que se debe otorgar*, para determinar si la misma se acomoda o no a las normas establecidas para garantizar el interés público, que justifica la sumisión a un control *ex ante* del acto de que se trata (Sentencia Tribunal Supremo de 21 febrero 2000)".

Remisión de la licencia a un control de legalidad por parte del Ayuntamiento, titular de esta potestad de concesión, que debe hacerse a lo que se denomina normativa urbanística aplicable.

En esta línea, el art. 194 de la LOUGA señala que la licencia urbanística tiene por finalidad comprobar que los actos de ocupación, construcción, edificación y uso del suelo y del subsuelo proyectados se ajustan al *ordenamiento urbanístico vigente*.

En el supuesto que ahora se enjuicia, a la hora de decidir sobre si la obra ejecutada se ajustaba o no al ordenamiento jurídico y si, por tanto, podría ser legalizable (ya que no



contaba con previa licencia municipal que la autorizase), había que acudir a la normativa en vigor en el momento de resolverse el expediente, precisamente por carecer de título habilitante.

Y esa normativa venía dada por el entonces vigente PXOM de 2008.

Conforme a él, la parcela en cuestión está clasificada como suelo urbanizable delimitado dentro del ámbito del sector S-53-R pendiente de desenvolvimiento.

El uso residencial no es permisible en ese tipo de suelo.

El art. 102 LOUGA expone que, no obstante la obligatoriedad de la observancia de los planes, si no hubiesen de dificultar su ejecución, podrán autorizarse usos y obras justificadas de carácter provisional en suelo urbano no consolidado, suelo urbanizable delimitado y terrenos afectados a sistemas generales en tanto no se haya iniciado el procedimiento de gestión correspondiente, siempre que no se hallen expresamente prohibidos por la legislación urbanística o sectorial ni por el planeamiento general, que habrán de demolerse cuando lo acordase el ayuntamiento, sin derecho a indemnización.

Las obras ejecutadas para usos provisionales habrán de ser las mínimas imprescindibles para permitir unas instalaciones fácilmente desmontables. No se admiten como usos provisionales los residenciales ni los industriales.

Por lo tanto, la construcción no era legalizable, ni siquiera atendiendo a la eventualidad de un -entonces- próximo desarrollo del sector (segundo cuatrienio a partir de la aprobación del PXOM), porque tal hipótesis no legitimaba un uso residencial provisional y previo. Posibilidad que, por lo demás, actualmente aparece como mucho más lejana, teniendo en cuenta la declaración judicial de nulidad del PXOM de 2008.

QUINTO.- De la proporcionalidad

La decisión administrativa consistente en ordenar el derribo no puede reputarse desproporcionada, por ser la consecuencia jurídica adecuada al incumplimiento de la legalidad.

En palabras de la STSJ Galicia de 11.3.2004, "la **proporcionalidad** podrá tal vez, permitir mínimas discrepancias entre la licencia y la normativa, pero nunca hay razón para que existan entre la licencia y la obra física". Ni, con mayor sentido -se añade aquí-, entre la obra material carente de autorización administrativa y el ordenamiento jurídico.

El principio de **proporcionalidad** expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la **proporcionalidad** se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será



necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de **proporcionalidad** será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas.

No se trata meramente de una diferencia de centímetros, de volumen, sino que la realidad física alterada mediante la construcción de una vivienda unifamiliar que contradice abiertamente el contenido de las normas urbanísticas aplicables.

Estamos en presencia de una clara y evidente infracción de la legalidad urbanística. La apreciación de la circunstancia aquí aducida (proporcionalidad) conduciría, llanamente, a no aplicar la legalidad.

Las normas de planeamiento pertenecen a la categoría de las normas denominadas imperativas o cogentes y que, en virtud de su coercibilidad, una transgresión de las mismas desencadena el mecanismo encaminado a la restauración de la legalidad vulnerada que es el que ha dado lugar, en el caso que se examina, al acuerdo municipal recurrido.

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.

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. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos (así lo declara el Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 16 de mayo de 1990 y de 3 de diciembre de 1991), por lo que no resulta de aplicación el principio de **proporcionalidad**.

Como se expresa en la STS de 15.1.2002, la vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (artículo 103.1 de la Constitución) obliga a ésta a respetarla.

En Sentencia de 1.12.2011, la Sala de lo Contencioso del TJG Galicia ha proclamado tajantemente: "con relación a la pretendida vulneración del principio de proporcionalidad, esta Sala ha afirmado reiteradamente que el citado principio no puede ser invocado con éxito en pretendida evitación de la orden de restauración de la legalidad urbanística exigida por la normativa de aplicación".

Por lo tanto, el recurso se desestima íntegramente.

SEXTO.- *De las costas procesales*

Ha de acudirse al criterio objetivo del vencimiento, contemplado en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción, por lo que se imponen a la parte actora, si bien se moderan prudencialmente hasta la cifra máxima de quinientos euros



(impuestos no incluidos), atendiendo a la entidad jurídica de las cuestiones controvertidas.

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

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. A.A., frente al CONCELO DE VIGO, en el PROCESO ORDINARIO número 314/2014 contra la Resolución citada en el encabezamiento; acto que se declara conforme a Derecho.

Las costas procesales -hasta la cifra máxima de quinientos euros, impuestos no incluidos- se imponen a la parte demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, pues contra ella cabe interponer Recurso de apelación, del que conocería la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación; para la admisión del recurso, es preciso que la apelante ingrese la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos, con inclusión del original en el libro de sentencias, lo pronuncio y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Magistrado-Juez que la suscribe, en audiencia pública celebrada el mismo día de su fecha de lo que yo, Secretaria judicial adscrita a este órgano, doy fe.