

# XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00223/2020

-

Modelo: N11600  
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2  
Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: JC

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000103  
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000056 /2020 /  
Sobre: ADMON. LOCAL  
De D/Dª:  
Abogado: JESUS BARREIRO VARELA  
Procurador D./Dª:  
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO  
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO  
Procurador D./Dª PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA

## SENTENCIA N° 223/20

En Vigo, a 10 de diciembre de 2020

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos a instancia de:

- representando a  
y asistido por el letrado/a: Jesús Barreiro Varela, frente a:

- Concello de Vigo representado por la procuradora Paula Llordén Fernández Cervera y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de febrero del 2020 la representación procesal indicada en el encabezamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la vicepresidenta de la xerencia de urbanismo del Concello de Vigo, que en el expediente n° 20692/423, desestimó la reposición intentada frente a la previa de 28 de junio de 2019 que acordó, entre otros extremos la remisión del expediente a la

Axencia de protección da legalidade urbanística (en adelante, APLU), a propósito de las obras realizadas en la parcela propiedad de \_\_\_\_\_, por invadir espacio destinado a viario.

SEGUNDO.- El 6 de febrero del 2020 se resolvió la admisión a trámite del recurso y se requirió a la Administración recurrida la remisión del expediente; el 11 de junio del 2020 se personó la demandada y remitió el expediente que se puso de manifiesto al recurrente para que presentase su demanda, lo que verificó el 27 de julio del 2020. En ella se solicitó que se dicte sentencia en la que se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, con imposición de costas.

La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 20 de agosto del 2020 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO.- Por decreto de 24 de agosto del 2020 se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

Por auto de 26 de agosto del 2020, se admitió la prueba propuesta por ambas partes, ha sido innecesaria la celebración de juicio.

El 28 de septiembre la actora ha presentado escrito acreditando el fallecimiento de \_\_\_\_\_, e interesando que se acuerde la sucesión procesal a favor de \_\_\_\_\_, debido a su calidad de heredero. Conferido traslado a la demandada, no se opuso a la sucesión procesal pero entiende que no debe considerarse en favor de \_\_\_\_\_ debido a su condición de mero usufructuario de los bienes recibidos de la finada.

Por auto de 6 de octubre se resolvió reputar a todos los efectos como recurrente en el presente procedimiento a \_\_\_\_\_, en el lugar de \_\_\_\_\_.

El 29 de octubre y el 25 de noviembre del 2020 las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 27 de noviembre.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La postura de la actora es que, reconociendo la competencia autonómica para la restauración de la legalidad urbanística en un supuesto como el que nos ocupa, a partir de lo dispuesto en el art. 155.1 de la LEY 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG), discrepa de la actuación municipal por cuanto que el objeto del expediente de reposición de la legalidad en el que se ha resuelto la remisión a la APLU, sería coincidente con el de otro, tramitado por el Concello de Vigo, el nº 16322, que concluyó por resolución de 2 de junio del 2015, en la que se acordó el archivo por caducidad de la acción urbanística.

Antes de proseguir con el análisis de las posturas de las partes queremos hacer una primera reflexión:

Si diéramos por buena la anterior versión actora, solo quedaría aplaudir la conformidad a Derecho de la actuación ahora impugnada, porque la competencia autonómica para apreciar esa eventual caducidad de la acción de reposición solo puede ser acordada por el órgano competente, y si ahora la actora admite, como admite, que es la APLU, tiene escasa relevancia que no lo fuera en el año 2015, aunque el actual 155.1 LSG, no diga exactamente lo mismo que decía el art. 213.1 de la antigua Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (en adelante, LOUGA). Este precepto no incluía el “viario”, como uno de los espacios respecto de los que la restauración o legalidad era competencia autonómica, y a la vez, de carácter imprescriptible, pero al final explicaremos por qué éste es un callejón sin salida jurídica para el éxito de la pretensión actora, de ahí que quizás por ello, no se hubiese incidido en demasía en ello en la demanda.

Cerrado este paréntesis, continuamos con el estudio de los postulados de las partes: Pero la demanda dice poco más; argumenta que, como consecuencia de la resolución municipal recaída en el expediente nº 16322, que concluyó por resolución de 2 de junio del 2015, el régimen jurídico de las construcciones objeto del mismo, es el previsto en el art. 90 LSG, y que si la demandada estaba o está disconforme con el sentido de dicha actuación, antes de incoar un nuevo expediente, cuya resolución ahora combate, debería proceder en la forma prevista en los artículos 106 ó 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Vamos a la contestación: Nos dice que la recurrente obtuvo una licencia en el año 2001, para la construcción de vivienda, de bajo y planta, en la parcela en la que se han desarrollado las obras objeto del expediente cuya resolución se impugna. Que se apartó notoriamente de lo licenciado y así se resolvió en el expediente nº 16322, que concluyó por resolución de 2 de junio del 2015, si bien, entonces, se apreció la caducidad de la acción de reposición.

Pero en el año 2017 la inspección municipal, a instancia del Registro de la propiedad, advirtió la ejecución de obras, como por ejemplo, un muro de hormigón de contención, en el que se apoyan dos construcciones, y que es el que invade el viario, en la parte de cesión obligatoria que impuso la licencia, debido a la colindancia del espacio con dos viales de indiscutible dominio público, Camiño do Pereiro, e Camiño Casas vellas, en Bembrive, Vigo.

SEGUNDO.- Bueno, la demanda es frágil, se desautoriza sin necesidad de atender a lo expuesto en su contestación.

No rebate la denunciada infracción de la rasante natural cuya apreciación es competencia municipal, ni sobre todo la invasión del viario, la falta de respeto de la superficie de cesión obligatoria, 259 m<sup>2</sup>, por el Camiño do Pereiro, ocupando con la construcción del muro de contención por ese lindero, en dos tramos, de 29 y 13 metros de largo, con una altura comprendida entre los 1,5 y los 2,35 metros. Y si no se rebate esto, qué más da lo demás; o a caso ignoramos la previsión del art. 155.1 LSG: “..no les será de aplicación la limitación de plazo que establece el artículo 153.”

El enfoque equivocado de la actora se patentiza en sus conclusiones finales cuando dice: Uña vez sentado lo anterior, la cuestión de fondo estriba en si las obras que son objeto del expediente resuelto por la resolución impugnada.] ya habían sido objeto del expediente tramitado en su día y, por tanto, resultaban y resultan afectadas por la resolución del 2 de junio del 2015.

A juicio de esta parte ello se encuentra fuera de toda duda, pues resulta incontrovertible la no ejecución de obras en la parcela con posterioridad al 2 de junio del 2015 “(cuarto párrafo de la segunda de esas conclusiones).

Dejemos, por un momento, a un lado los dos galpones a los que se aferra la actora, ya sabemos que estaban cuando se resolvió el expediente nº 16322, con la resolución de 2 de junio del 2015, efectivamente se incluyen en el informe del inspector urbanístico municipal de 18 de enero del 2012, y antes en el certificado del aparejador , extendido el 16 de marzo del 2011, que se refiere a los mismos como los anexos I y II.

Los galpones no atribuyen la competencia a la APLU, es la invasión del viario la que la determina, la que revela la conformidad a Derecho de la actuación impugnada, y además, supone la imprescriptibilidad de los hechos desde la perspectiva de la restauración de la legalidad urbanística.

El acuerdo de incoación del expediente nº 16322, que data de 4 de julio del 2014, delimita su objeto y se refiere a obras presuntamente ilegales consistentes en construcción de vivienda unifamiliar, de 633 m2, compuesta de planta baja, primera y bajo cubierta y dos galpones. No dice nada ni de los cierres, ni de los muros de contención, ni de la invasión del viario.

Es elocuente el acta de línea y rasante, correspondiente al lugar de las obras, extendida en abril del 2015, en el seno del expediente nº 16322 (archivo PDF 965767 del expediente nº 16322), muestra la clara invasión por la actora del Camiño do Pereiro, de dominio público, incluso por parte del volumen que representa la que se denomina “casa antigua” en el reportaje fotográfico confeccionado por el arquitecto municipal, el 17 de octubre del 2017.

Reparemos por fin en la resolución del expediente nº 16322, de 2 de junio del 2015, que expuso que, sobre la base del informe del arquitecto municipal de 13 de mayo del 2015, procede entender que la fecha de finalización de las obras objeto de este expediente supera el plazo establecido en el art. 210 LOUGA, para la restauración de la legalidad urbanística. Pero como es de ver, las obras objeto de aquel expediente no han incluido los muros de contención que suponen la invasión del viario y que han sido objeto del actual expediente de reposición.

TERCERO.- Entonces, resulta irrelevante a los efectos que nos ocupan la resolución del expediente nº 16322, de 2 de junio del 2015, porque no ha incluido en su objeto los elementos constructivos que justifican la tramitación del segundo expediente de reposición de la legalidad, y la decisión que ahora se combate de traslado a la APLU.

Entiendo que tampoco merece mayor atención la disparidad de contenido de los preceptos legales 213 LOUGA VS 155 LSG, en cuanto a la inclusión del viario, desde el instante en que nos hallamos ante un elemento constitutivo del dominio

público cuyas conocidas notas se proclaman en el art. 132CE, por lo que debido a su imprescriptibilidad, cualquier argumentación orientada a sostener la caducidad de la acción destinada a su recuperación ya sea desde la perspectiva estrictamente dominical, ya desde la perspectiva urbanística, que en este punto están obligadas a ir de la mano, debe ceder, debe ser rechazada, considerando que el punto de llegada será siempre el mismo, la intangibilidad de ese espacio público. Y decimos que ambas ópticas, dominical y urbanística, deben cohonestarse porque sería absurdo, por contradictorio, aferrarse o defender una caducidad de la acción de reposición urbanística cuyo objeto es el dominio público, cuando la posibilidad, deber de su recuperación por la Administración es eterna, y esa recuperación siempre conllevará reposición.

Luego, lo que habrá cambiado tras el art. 155.1 LSG, frente al anterior 213.1 LOUGA, será competencia en materia de disciplina urbanística, pero en absoluto ha variado la circunstancia de que la acción para la reposición de la legalidad respecto de actuaciones ejecutadas sobre un viario, o espacio destinado a viales, posea una naturaleza imprescriptible. De ahí que, correlativamente, resulte igualmente intrascendente la fecha de conclusión de esas obras ejecutadas sobre el viario, con invasión del terreno llamado a ser cedido con ese fin, con la ampliación del terreno de la parcela actora por su viento oeste y la construcción del muro de contención que soporta las dos construcciones auxiliares. La actora es verdad que no ha desplegado prueba en esta dirección, dice que es obvio que tras la resolución del expediente nº 16322, de 2 de junio del 2015, no se han ejecutado obras, pero está ausente esa prueba.

Están las fotos aéreas y de Google maps, pero se desconoce, por ejemplo, cuándo se instaló la barandilla de perfiles metálicos y vidrio que, por primera vez, se aprecia en las fotografías de la inspección municipal del año 2017, y que corona o protege el muro de cierre, al punto de que puede ser considerada un elemento principal del mismo (resulta obligatoria según el CTE, para salvar el peligro que representa una altura como la existente), de modo que mientras no se hubiese colocado, no podría considerarse terminada esa obra.

Pero da igual cuando se concluyese porque, insistimos, ante un supuesto como el que nos hallamos, viario, dominio público, no importa el paso del tiempo. La recurrente podría haber orientado sus esfuerzos a cuestionar o rebatir este extremo, que nos hallásemos en presencia de un viario, o subsidiariamente, que se respetan los retranqueos al mismo, pero no lo ha hecho, a lo peor porque no le resulta posible, pero en todo caso, su demanda no puede ser atendida. Puede estar satisfecha la recurrente en cuanto que las obras que fueron objeto del expediente nº 16322, de 2 de junio del 2015, las de la vivienda, habrán quedado en fuera de ordenación debido a la caducidad de la acción municipal para la reposición de una manifiesta ilegalidad urbanística cometida al construir una edificación completamente alejada de la licencia que le había sido concedida y que se ha despreciado por completo. Pero no puede pretender el mismo efecto respecto de todas aquellas construcciones que, sin estar amparadas en modo alguno en licencia, hubiese ejecutado invadiendo el dominio público.

Ninguna de las partes nos ha querido traer una copia de la resolución que seguro existe, a tenor de la fecha de su incoación, 3 de noviembre del 2019, del expediente PON/243/2019/RP1, de reposición de la legalidad urbanística, tramitado por la APLU, por estos hechos y como consecuencia de la decisión contenida en la

resolución impugnada. La actora tendrá ocasión de rebatirla administrativa y jurisdiccionalmente, en su caso, pero desde la perspectiva municipal entiendo que el debate jurídico debe quedar zanjado y así, recogemos el guante que deja caer la demandada en su contestación cuando a propósito de la cuantía de este litigio razona que, reputándose indeterminada, como luego se expresó en el decreto de 24 de agosto del 2020, no hay motivos, ni base probatoria para considerarla superior a 30.000 euros, con el efecto conocido de la firmeza del presente pronunciamiento. Porque es verdad, ninguna prueba ha desplegado la actora en esta dirección, y eso que hubiera sido sencillo, al amparo del art. 217.7 LEC, traer facturas o presupuesto de la ejecución del muro de contención. La demandante no puede alegar indefensión en este punto precisamente porque la demandada en su contestación denunció la circunstancia y la actora tenía la oportunidad procesal de desvirtuarlo a tenor de lo dispuesto en el art. 56.4 LJCA.

Entonces, no basta afirmar como se hizo, por medio de “otrosí digo” que la cuantía del procedimiento es indeterminada superior a 30.000 euros, sin más, para tener garantizado el derecho a la segunda instancia. Máxime cuando la otra parte se opone a este postulado; habrá que acreditar el relevante extremo, si quiera indiciariamente, o de lo contrario, será indeterminada, pero sin base para entender que exceda de 30.000 euros.

CUARTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere el artículo 139.1 LJCA establece: *“En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.”*

No obstante el mismo precepto permite su limitación y atendiendo a la naturaleza y cuantía del litigio, se señala como límite máximo de la condena en costas, la suma de 400 euros.

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

## FALLO

Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Jesús Barreiro Varela, en nombre y representación de \_\_\_\_\_, sucedido procesalmente por \_\_\_\_\_, frente al Concello de Vigo y las resoluciones de la vicepresidenta de la xerencia de urbanismo del Concello de Vigo, que en el expediente nº 20692/423, confirmó la previa de 28 de junio de 2019.

Con imposición de costas a la demandante, con el límite expuesto.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que es firme, por lo que contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.