

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
VIGO

SENTENCIA: 00027/2021

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

Equipo/usuario: MR

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000329
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000171 /2020 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: JUAN JOSE YARZA URQUIZA, JUAN JOSE YARZA URQUIZA
Procurador D./Dª: MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ, MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 171/20

SENTENCIA, N° 27/2021

En Vigo, a 11 de febrero de 2021

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos a instancia de:

- y representados por la procuradora María Victoria Sónora Álvarez y asistidos por el letrado/a: Juan J. Yarza Urquiza, frente a:
- Consello da Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo representado por el procurador Jesús Antonio González Puelles Casal y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de julio del 2020 la representación procesal indicada en el encabezamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 14 de enero del 2020, confirmatoria de la de 29 de octubre del 2019, recaída en

el expediente nº 18007/423, de reposición de la legalidad urbanística, en el lugar de , de Vigo.

La actora junto con la demanda, pretendió al amparo del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), que se adoptase la tutela cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado, pero ha sido desestimada motivadamente por auto de 15 de octubre del 2020.

SEGUNDO.- Antes, el 29 de julio del 2020 se resolvió la admisión a trámite del recurso y se requirió a la Administración recurrida la remisión del expediente; el 24 de agosto del 2020 se personó la demandada y remitió el expediente que se puso de manifiesto al recurrente para que presentase su demanda.

El 22 de septiembre del 2020 se ha presentado la demanda en la que 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. Subsidiariamente, que se declare que en caso de que estimara que el “bajo cubierta” objeto exclusivo de la actuación impugnada, se encuentra no terminado por no reunir las condiciones propias de un uso vividero, que la reposición de la legalidad urbanística se ciña a que se limite su uso, solo a trastero, y todo con imposición de costas.

TERCERO.- La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 4 de noviembre del 2020 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se le impusieran las costas.

Por decreto de 6 de noviembre del 2020 se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 LJCA.

Por auto de 11 de noviembre del 2020 se admitió la prueba propuesta por ambas partes, y la celebración de juicio tuvo lugar el 22 de diciembre del 2020 y en él se ha practicado a instancia de la actora la testifical de , y a petición de la demandada la testifical de .

El 12 y el 28 de enero del 2021 las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 1 de febrero del 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Inicio del expediente de reposición de la legalidad: 9 de noviembre del 2018.

Resolución del 29 de octubre del 2019.

Notificación al interesado: tras un primer intento infructuoso el 8 de noviembre, tuvo lugar el 12 de noviembre del 2019.

En consecuencia, según el criterio jurisprudencial consolidado que a continuación se expondrá, la actuación administrativa es conforme a Derecho, es acorde con lo dispuesto en el art. 152.5 de la LEY 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG).

Este criterio jurisprudencial pacífico que interpreta las relaciones entre caducidad y notificación de la resolución del procedimiento y que se reitera en la STS, Contencioso sección 4 del 06 de febrero de 2019 (Sentencia: 133/2019 - Recurso: 2837/2016). La STS de 3 de diciembre del 2013 lo apuntó y ha sido respaldado por otras resoluciones posteriores, como la STS Contencioso sección 4 del 14 de octubre de 2016 (Sentencia: 2228/2016 | Recurso: 2109/2015), que señalaba: “Nuestra decisión se ampara, como inmediatamente diremos, en la aplicación al caso del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 y en la adecuada interpretación de dicho

precepto cuando, como es el caso, a dos intentos infructuosos de comunicación de una resolución (efectuados en legal forma antes de transcurrir el plazo de caducidad) le sigue la expresa notificación al interesado de esa misma resolución, pero superado ya aquel plazo máximo para resolver.

Al respecto, no está de más distinguir entre intento de notificación a efectos de entender resuelto el procedimiento dentro del plazo y notificación a efectos de que el acto despliegue todos sus efectos. En la sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 7 de octubre de 2011 (dictada en el recurso núm. 40/2010) afirmamos lo siguiente:

La caducidad no debe vincularse en forma necesaria a la notificación del acto porque el acto de notificación es algo conceptualmente distinto de la resolución que se notifica y del procedimiento que la origina. Por eso determina el artículo 58.4 LRJPAC que el intento de notificación debidamente acreditado es suficiente a los solos efectos del cumplimiento del plazo máximo de duración de los procedimientos.”

Y concluía dicha sentencia:

“Por ello, si constan en el expediente dos intentos dentro del plazo máximo para resolver, la resolución ha de entenderse dictada dentro del plazo, aunque la notificación al interesado o destinatario exceda de dicho plazo máximo para resolver. Cosa diferente es, como indica la sentencia, que la eficacia del acto se despliegue a partir de la notificación y que sea precisamente entonces cuando para el interesado se abran los plazos para impugnarla en vía administrativa o judicial.

A nuestro juicio, el artículo 58.4 de la Ley 30/1992 solo puede interpretarse en los términos que resultan de su propia dicción literal: el intento de notificación efectuado en legal forma y debidamente acreditado es suficiente para "entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos".

Consideramos, además, que esa suficiencia concurre en todo caso (en el bien entendido de que aquellos intentos se realicen en debida forma), con independencia de que la resolución correspondiente se notifique o no, con posterioridad, al interesado.

Amparamos esta tesis en los siguientes argumentos:

1.El precepto en cuestión se refiere, cabalmente, al momento en que se tiene por cumplida la obligación de notificar en plazo, que se fija en la fecha del intento de notificación debidamente acreditado . Parece claro que si el legislador hubiera querido estar exclusivamente al momento concreto de la notificación (cuando, como es el caso, ésta tiene efectivamente lugar) así lo habría establecido expresamente.

2. Acoger como fecha relevante a efectos de caducidad solo la de la notificación de la resolución al interesado no solo supondría inaplicar aquel precepto, sino privarle de su finalidad, que no es otra que la de equiparar a la notificación (a los solos efectos de respetar el plazo de duración del procedimiento) el intento válidamente efectuado y constatado en el expediente.

Esta es la tesis que se deriva de la jurisprudencia de esta Sala anterior y posterior a la sentencia del Pleno de 3 de diciembre de 2013 : el intento de notificación es el determinante para entender cumplida la obligación de resolver en plazo, aunque una doctrina anterior a aquella sentencia se refería a la forma concreta de acreditar la realización de dicho intento (la constancia por la Administración del intento infructuoso, situado entonces como fecha determinante para cumplir aquella obligación).

La interpretación anterior se refiere, exclusivamente, al supuesto de hecho que el artículo 86.4 de la Ley 30/1992 contempla, esto es, para entender cumplido el deber de resolver los procedimientos en plazo. Distinto es el caso, como ya ha señalado esta Sala, de la eficacia del acto notificado, que se despliega a partir de la notificación, momento en el que empiezan a correr los plazos de impugnación en *sede administrativa o en vía judicial.*”

Aplicado al caso enjuiciado el anterior criterio tenemos que el expediente se ha resuelto antes de que hubiese transcurrido el año previsto legalmente, y además, se ha intentado notificar válida pero infructuosamente al interesado antes de que hubiese expirado ese plazo anual. Concretamente por dos veces el día 8 de noviembre del 2019, la primera vez en franja matinal y la segunda, en vespertina, tal y como exige el art. 42.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). Porque aunque el segundo intento se practicara en la misma fecha, se respeta la exigencia legal que impone:

“ intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de **diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación.**”

El segundo intento notificador tuvo lugar dentro de los tres días siguientes y se ha respetado sobradamente el margen de tres horas respecto del primero.

A partir de ahí la demandada podía haber procedido en la forma que indica ese artículo, acudiendo a la vía edictal; no lo ha hecho, y para mayor seguridad y garantía del interesado, reiteró el intento de notificación personal dentro de los tres días siguientes al primer intento, en un tercera ocasión, logrando su efectividad, el 12 de noviembre del 2019.

Este tercer intento notificador no puede reputarse disconforme a Derecho, la validez del expediente de reposición, con resolución e intento de notificación antes de que hubiese transcurrido un año desde su incoación, no se puede ver comprometida por esta circunstancia, menos aun al punto de apreciar su nulidad radical como preconiza la actora. No ha habido caducidad del expediente y su notificación ha sido correcta.

SEGUNDO.- Caducidad de la acción urbanística. La invocación por la actora de los artículos ya 210 de la anterior Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (en adelante, LOUGA), ya del actual art. 153.2 LSG, es desafortunada e improcedente a la vista de la prueba practicada y el criterio igualmente sólido de la jurisprudencia a cerca de lo que ha de considerarse como obra terminada.

La actora proclama que han transcurrido más de veinte años desde la completa terminación de las obras de la edificación, incluida la cubierta, y es falso. En su lugar debiera decir o reconocer que han transcurrido más de veinte años desde el inicio de la ejecución de las obras de la edificación, incluida la cubierta. Tenemos a la vista en este punto la STSJG Sala de lo Contencioso, Sección: 2 (Nº de Recurso: 4235/2018- Nº de Resolución: 558/2019), de 15 de noviembre del 2019, que enseña:

“**CUARTO:** Sobre el plazo para el ejercicio de la potestad de reposición de la legalidad urbanística.

Esta Sala de forma invariable viene manteniendo que con arreglo a las reglas de la carga de la prueba corresponde a quien alega el transcurso del plazo de 6 años para la incoación de los expedientes de reposición de la legalidad la carga de probar la terminación de las obras o, lo que es lo mismo, acreditar que las mismas se encontraban en estado de servir para la finalidad que le es propia, al menos, 6 años antes de la incoación del expediente.” [...]

Debe precisarse que no basta para iniciar el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reposición de la legalidad la mera existencia de un determinado volumen edificatorio a una determinada fecha, sino que es precisa una prueba más completa sobre la total terminación de la construcción, sin necesidad de obra complementaria, y de su aptitud para el uso propio a que se la destina, por referencia a un momento temporal claramente definido.

El criterio para determinar cuándo una construcción está totalmente terminada no puede depender de la subjetividad del promotor o dueño de la obra, que la podría utilizar de facto, clandestinamente, aún cuando le falten elementos que sean exigibles con arreglo a la normativa técnica y urbanística de aplicación, debiendo considerarse que está totalmente terminada solo cuando se han ejecutado todas las obras exigibles técnicamente para poderla considerar como tal. El hecho de que falten obras de revestimiento, enfoscados y pintados, colocación de puertas, ventanas, etc., que son exigibles por normas de aplicación imperativa que establecen su obligatoriedad, impide considerar que la construcción actual pueda considerarse como obra terminada, con independencia de la fecha de adquisición de materiales de construcción o del suministro de aguas.

Así lo ha resuelto esta Sala en sentencias anteriores, en concreto, la Sentencia 1349/09, de 23 de diciembre de 2009, recurso 4394/2007, que valora la ausencia de revestimientos y pintados exigibles para considerar que una construcción anexa no estaba totalmente terminada la fecha de la inspección.

En atención a lo expuesto procede desestimar este motivo de impugnación de la sentencia, ya que al faltar la realización de obras esenciales, exigibles por normativa imperativa y que tienen carácter obligatorio, no puede considerarse que la edificación sea técnicamente una obra totalmente terminada en el momento al que se refieren los informes mencionados, por lo que en puridad ni si quiera se habría iniciado en esa fecha el plazo de caducidad de la acción de reposición de la legalidad, que no comienza desde que se ejecuta la última obra en una construcción, sino desde el momento en que ésta, en atención a sus características, puede considerarse totalmente terminada, por no precisar ninguna obra complementaria, lo que no es el caso, tal y como acertadamente valoró la sentencia a partir de una *evidencia fotográfica que no deja dudas al respecto.*”

TERCERO.- Los anteriores razonamientos son enteramente predicables del caso que nos ocupa, como se desprende de la siguiente valoración probatoria:

En la comunicación que el Registro de la propiedad dirige a la demandada, el 7 de mayo del 2014, y que ha permitido la incoación del expediente de reposición, se describe la construcción de la siguiente manera:

“Compuesta de planta baja de la superficie construida de 145 m², planta alta de la superficie construida de 145 m², y planta bajo cubierta de 103 m², todo lo cual hace la superficie total construida de 393 m², “

El 2 de julio del 2014, tuvo lugar la visita del delineante municipal y señala que se trata de una edificación con cierta antigüedad, según el catastro, del año 1977, y a la vista de las ortofotos municipales de los años 2005, 2008 y 2011 no se observan modificaciones recientes.

Existe una solicitud de declaración de inclusión de la edificación en la situación de fuera de ordenación con el nº de expediente 81417-421, promovido en mayo del 2014, que se ha desestimado, se ha recurrido en reposición y se desestimó definitivamente por resolución de 20 de septiembre del 2020.

Pues bien, de entrada cumple descartar de plano la idea actora de que nos hallemos ante un simple e inocuo trastero en la planta bajo cubierta de la edificación. Es una planta más, que se ha ido ejecutando progresivamente al igual que el resto de la construcción, pero que en este caso, no ha dado tiempo a terminar antes de que se ejercitasen las facultades disciplinarias.

Que es una planta más lo demuestra a las claras su distribución, su configuración y señaladamente, el hecho de que se hubiese concebido con un acceso por escaleras, independiente del resto de la vivienda, y este extremo se considera un hecho probado.

En el informe confeccionado por el aparejador , a instancia de la actora, en la primera de sus fotografías, puede apreciarse con claridad estas circunstancias a las que nos referimos. Un trastero no tiene ventanas en la disposición en la que se han ejecutado, tampoco una balconada en la forma y tamaño que se observa en la instantánea, y las escaleras que desde el exterior permiten el acceso a esa última planta, se sitúan en la parte acristalada que se ubica en el lateral de la edificación.

Que el uso actual sea de trastero, constituye la mejor prueba de que no está terminada, porque no vale para el fin que le es propio, el de vivienda, y la pretensión actora de que se legalice en este punto la edificación limitando su uso al de trastero, nos parece inaceptable por su ingenuidad. Queremos decir que no aceptamos la original perspectiva de la actora de que tal espacio, dice literalmente, “estará o no terminado dependiendo del destino “que se le dé. Porque supone hacer descansar en la voluntad del interesado una circunstancia capital y objetiva como es la terminación de la obra, que no puede depender del aprovechamiento que en cada momento haga de ella su titular. Las construcciones poseen una naturaleza que le resulta inherente, se ejecutan de una forma, reúnen unas características, de acuerdo con su objetiva finalidad. No es una opción ajena al hecho constructivo en sí mismo considerado, como defiende la recurrente.

En el presente caso no albergamos dudas de que la finalidad de ese espacio era, es el de habitación, residencial, el de vivienda, y esta es la única perspectiva posible y con arreglo a ella, no hay conclusión de la obra.

De poco o nada valen las pruebas que apuntan a la existencia del sólido en el año 2003, que revelan su acabado exterior desde entonces, si la obra no está terminada hoy porque interiormente se encuentra lóbrega o lúgubre, como se dice en algún sitio. Si en el año 2014, fecha del informe del aparejador al que nos hemos referido, la planta bajo cubierta no estaba terminada, como claramente demuestran sus fotografías, no resulta de aplicación en el año 2018, el plazo previsto en el art. 153.2 LSG. Se trata de obras no terminadas, art. 152 LSG, respecto de las que no hay caducidad de la acción urbanística.

No compartimos la tesis actora que, subsidiariamente, postula la distinción entre la envolvente del bajo cubierta y su interior, para exonerar de la acción urbanística los

acabados exteriores de la edificación, ya que se trata de realidades no deslindables, interior y exterior forman un todo.

Como señala la demandada en sus conclusiones finales, la XMU de Vigo, ha sido ya considerada con los recurrentes, y atinadamente, la resolución del expediente excluyó de su objeto la totalidad de la edificación, predicando su fuera de ordenación respecto de sus plantas baja, primera, piscina y construcción auxiliar, ya que la parcela en la que se hallan no tiene frente a vial, no es solar, y no se respetan separación a linderos. De manera que el expediente de reposición se ha ceñido a esa última planta, y es conforme a Derecho. Porque la normativa urbanística que le resulta de aplicación es la contenida en el PXOU 93 Ordenanza 9, 2 A, y con arreglo a su art. 3.2.4. no se permite la planta bajo cubierta con las dimensiones de algo más de cien metros cuadrados, por lo que, careciendo de licencia, esa obra comenzada hace más de veinte años, pero no terminada en noviembre del año 2012 (seis años atrás, desde la incoación del expediente), no resulta legalizable. Y la consecuencia es la reflejada en la resolución combatida, el cese de los usos que vinieran desarrollándose y su demolición a costa del interesado, bajo los apercibimientos ordinarios en caso de su incumplimiento.

CUARTO.- Terminamos recogiendo el guante que oportunamente la actora nos ofrece al finalizar la fundamentación de su demanda, con la evocación de la STSJG Contencioso sección 2 del 06 de marzo de 2020 (Sentencia: 153/2020 - Recurso: 4313/2018), y lo hacemos clarificando la que entendemos que debe ser la conclusión extrapolable al caso ahora enjuiciado. Pero para ello es preciso reproducir un fragmento de la misma mayor que el que interesadamente incorpora la actora a su escrito rector; razona la STSJG:

“Se corrobora, por tanto, lo alegado por las partes apeladas: que el exceso constructivo apreciado por la sentencia no viene referido a un incumplimiento del parámetro de altura, ni tampoco se refiere a la geometría de la cubierta o al volumen generado por la misma, sino a la edificación de un piso en una zona que conforme al proyecto solo podía responder a la finalidad de cubierta. La eliminación del aprovechamiento residencial de esa superficie y la restitución de la misma a la exclusiva finalidad de cubierta determinan el cumplimiento completo de la sentencia. Así lo apreció también la arquitecta municipal en su informe de 26 de octubre de 2015, descriptivo de las obras del proyecto de demolición autorizado en la licencia de demolición del exceso constructivo de 40 m² de NUM002. Tales obras consisten en el vaciado interior del exceso construido, eliminación de tabiquería, retirada de tres ventanas cenitales existentes sobre faldón del tejado y tapiado del acceso a este espacio desde el NUM002 del edificio.

Esas obras dan cumplimiento a la sentencia, y así lo motiva la arquitecta municipal, en su informe de 26 de octubre de 2015, que explica que el exceso constructivo de 40 m² se refiere al hecho de dotar de uso y habitabilidad al espacio bajo el tejado.

La apelante no esgrime ninguna prueba pericial que desvirtúe esta interpretación realizada por la técnica municipal, que es la única posible de acuerdo con la literalidad de la sentencia, la cual en ningún momento alude a la necesidad de modificar la altura o geometría de la cubierta, sino un exceso constructivo que cuantifica en una determinada superficie de 40 m², que se destinó a uso residencial

como ampliación del ático, en contra del proyecto que solo preveía para esa zona un espacio destinado a cubierta, como única finalidad.”

La negrita y subrayado son nuestros, y lo son para destacar las similitudes y diferencias relevantes con el caso litigioso: De entrada en el supuesto de hecho analizado por la referida STSJG, existía una licencia, que está ausente en presente caso. De salida, se acordó una demolición del exceso edificado, que se respaldó judicialmente y posteriormente se validó la actuación realizada en ejecución de la sentencia porque se consideró que el exceso indebido no lo era en atención a su volumen o superficie, sino a su finalidad, que debía ser solo de cubierta, no residencial. Pero para ello no ha sido suficiente la mera manifestación del sujeto, la actitud voluntarista de que solo destinase el espacio litigioso a cubierta (en nuestro caso, a trastero o almacén), sino que ha sido preciso acometer obras soportadas en un proyecto de demolición, se han eliminado tabiquería y ventanas. Y así se ha obtenido la declaración de la ejecución de la sentencia que ha respaldado la STSJG.

Lo que implementado al supuesto litigioso supone que no basta para la legalización pretendida por la actora, una declaración jurada de que solo se van a guardar ahí los trastos. Será precisa la demolición de la estructura que, por estar llamada a ser una planta residencial o habitable, es incompatible con el ordenamiento urbanístico, y debe demolerse en la medida en que conserve esa tipología o configuración, dejando subsistente únicamente los elementos imprescindibles para que se cumpla el fin de la necesaria cubierta.

No hay vicio de nulidad, ni anulabilidad en la actuación impugnada y la demanda debe ser desestimada.

QUINTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere el artículo 139.1 LJCA se establece el principio de vencimiento objetivo por lo que se imponen a la demandante. No obstante el mismo precepto permite su limitación y atendiendo a la naturaleza y cuantía del litigio, no apreciando circunstancias excepcionales que aconsejen fijar otro importe, se señala como límite máximo de la condena en costas, la suma de 600 euros.

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

FALLO

Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora María Victoria Sónora Álvarez, en nombre y representación de _____ y _____, frente al Consello da Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo y su resolución de 14 de enero del 2020, confirmatoria de la de 29 de octubre del 2019, recaída en el expediente nº 18007/423, de reposición de la legalidad urbanística.

Con imposición de costas, con el límite expuesto.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este mismo Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia

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