

**T.S.X.GALICIA**

**CON/AD SEC.2**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA:**

00099/2017

**Recurso de Apelación nº**

**4541-2016**

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.**

**D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.**

**D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ**

## **D<sup>a</sup>. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ**

En la ciudad de A Coruña, a 2 de marzo de 2017.

En el recurso de apelación que con el nº 4541 de 2016 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por D. José Martín Guimaraens Martínez, en nombre y representación de D. Teofilo; contra la sentencia nº 294/16, de 26 de septiembre de 2016, dictada en autos de PO nº 218/2015, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo. Es parte apelada el Concello de Vigo (Pontevedra), representado por el Procurador D. Juan Antonio Garrido Pardo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo se dictó con fecha 26 de septiembre de 2016 sentencia en procedimiento ordinario nº 218/2015, con la siguiente parte dispositiva: *"Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Teofilo, frente al Concello de Vigo, seguido como proceso ordinario nº 218/2015 ante este juzgado, contra la resolución plasmada en el encabezamiento de esta sentencia, que se declara conforme al ordenamiento jurídico.*

*No se efectúa expresa imposición de las costas procesales".*

**SEGUNDO.-** Por la representación de D. Teofilo se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que se revoque la sentencia recurrida anulándola y se estimen las pretensiones de la demanda, esto es, que se declare contraria a derecho la resolución del Concello de Vigo de 28 de febrero de 2014 y la de 13 de marzo de 2015 (por la que se desestima el recurso de reposición formulado por esta parte), dictadas en el expediente de NUM000, en cuanto ordenan al

recurrente la demolición de su vivienda unifamiliar, y ello sin perjuicio de que por el concello (si lo estima preciso), se incoe y tramite un nuevo PLU para determinar el ajuste de la edificación de la normativa urbanística vigente (PGOM 1993).

**TERCERO.-** El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición la representación del Concello de Vigo, que interesa se desestime el recurso y se confirme íntegramente la resolución judicial recurrida, por ser conforme a Derecho.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron D. Teofilo (Procurador D. José Martín Guimaraens Martínez) y el Concello de Vigo (procurador D. Juan Antonio Garrido Pardo); por providencia se declararon conclusas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 23 de febrero de 2017.

**QUINTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

**Es Ponente la Magistrada D<sup>a</sup> MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.**

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

**SEGUNDO.-** En la sentencia se hace referencia a que se dicta la resolución recurrida en un expediente de reposición de la legalidad por obras en Camiño Brea, nº 44, construcción -en ejecución-, de vivienda unifamiliar sin ajustarse a la licencia y alteración de la rasante con movimientos de tierra y levantamiento de muros de contención sin licencia, por lo que se ordena la demolición. Se trata de suelo urbano y se parte de la consideración de que no se iba a alterar la topografía según el proyecto,

cuando en el informe técnico del ayuntamiento se constatan los incumplimientos, en concreto los excesos de edificación, y se aportan fotografías.

Se rechaza la caducidad con relación a los movimientos de tierra y muro de contención, porque parte el demandante de que había que tramitar dos procedimientos, argumento que se rechaza en la sentencia puesto que simplemente son obras accesorias a la vivienda, en cuanto procedimiento constructivo, solo hay una licencia, que incluye el movimiento de tierra necesario para hacer la cimentación. No se comienza el cómputo hasta la finalización de la vivienda, y el autor del proyecto, al solicitar la licencia, hizo constar que no habría más movimiento de tierras que el necesario para la cimentación y que no se alteraría la rasante. Además, en las fotos de 2007 no están los muros de contención, por lo que siendo la fecha de incoación 7 de mayo de 2013, no se produjo la caducidad. Con relación al fondo, se considera que es tal el desajuste con lo licenciado que no cabe hablar de proporcionalidad: cambia la posición y ubicación en la parcela, edificabilidad, volumen, forma y altura. Se acude al informe del arquitecto municipal. Y la parte demandante lo que pretende es legalizar por el PGOM de 2008, que fue anulado por sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 11 de noviembre de 2015. La licencia queda firme. Pero no se ha cumplido. Se hace referencia al artículo 73 LJCA. Y se considera que la orden de demolición no radica en la incompatibilidad de lo realizado con el planeamiento sino que se basaba en el anterior. La legalización la pretende por el plan de 2008, anulado, y no consta que por el anterior se autorice lo ejecutado. No obstante, se admite la posibilidad de que por el plan urbanístico vigente pueda pedir la legalización al concello. La parte apelante señala que la licencia de 2006 fue otorgada por el plan de 1993. La incoación del procedimiento es de mayo de 2013. Y la vivienda no se ajusta a la licencia. El resto de las obras se realizan sin licencia. El procedimiento de reposición de la legalidad se tramitó y resolvió con el plan de 2008. Y el vigente en la fecha de la sentencia es el de 1993, por haberse anulado el de 2008. Entiende que la nulidad del plan acarrea la nulidad de la resolución recurrida, por aplicación del artículo 73 LJCA, conforme al cual *"Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso*

*de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente".*

Sostiene además la parte apelante que se trata de una resolución no firme en vía administrativa, dictada al amparo del plan anulado, porque la base del acto no existe y se anulan los actos administrativos que no hayan adquirido firmeza. Entiende que esto no ha sido respetado en la sentencia porque lo que se analizó era la acomodación de las obras al plan de 2008, al anulado, y como no se ajustaban, se ordenó la demolición. Que en la sentencia se dice que la demandante no ha acreditado la acomodación de las obras al plan de 1993, porque lo que analizó la resolución era su no acomodación al de 2008, anulado, pero que eso no lo podían saber y no se aportó prueba por ello. La licencia es de 1993. La determinación de que las obras son ilegales se realiza por el plan de 2008, anulado, y las obras no se acomodan al de 2008, que es lo que analizó el acto recurrido. De la anulación del de 2008 pretende derivar la parte apelante la anulación del acto recurrido, que consideró que las obras eran ilegales en base a un plan anulado.

Manifiesta que la resolución se dicta en base a un plan anulado y que el concello podrá incoar otro procedimiento para verificar la acomodación de las obras al vigente plan. No está de acuerdo en que no se traten por separado las obras realizadas y entiende que son obras distintas y que debieran tratarse en expedientes diferentes; la vivienda no se acomoda a la licencia y los movimientos de tierra y muros de contención se llevaron a cabo sin licencia, empezadas en 2006 y finalizadas en 2007 y podrían obtener licencia autónoma, no son obras preparatorias y es necesario precisar la rasante y volverla a su estado anterior para determinar las alturas de la vivienda. Aporta facturas de alquiler de maquinaria y declaración de su representante, conforme a lo cual las obras estarían acabadas en 2007, y rechaza que en la sentencia se tenga en cuenta una foto de 2007, conforme a la cual no estaba acabado el movimiento de tierras en 2007, y no está de acuerdo porque según manifiesta, no se ve bien, no se sabe la fecha, y son mejores a efectos probatorios sus facturas, además de que solo es una foto.

Con relación a la legalización de las obras, está de acuerdo con la sentencia, es irrelevante el plan de 2008, anulado, y renuncia a este argumento, porque entiende que hay que acudir al de 1993 y no se ha analizado todavía la acomodación al plan de 1993, no se valoró en vía administrativa, y no está de acuerdo con lo que dice la sentencia de que no hay prueba de la acomodación de las obras al plan de 1993, no tenía por qué haberla, es una jurisdicción revisora, no se trató de la acomodación al plan de 1993, y la sentencia dice que puede pedir la legalización, para determinar si se ajustan las obras al de 1993, pero que la resolución recurrida es correcta. Finalmente alega la aplicación del principio de proporcionalidad y entiende que con una demolición parcial, la vivienda cumpliría los parámetros de altura y número de plantas, y defiende la innecesaria destrucción de riqueza si se puede legalizar.

Por la defensa del concello demandado se manifiesta que se trata de un procedimiento de reposición de la legalidad que se tramitó por el plan de 2008, anulado, mientras que la licencia se otorgó por el anterior, que ha recobrado su vigencia. En la resolución se afirma que por la técnica municipal se concluyó que en los alzados y secciones del proyecto se recogía la rasante de la finca y la posición de la vivienda proyectada con respecto a esta. Se hizo un levantamiento topográfico del que resulta que la rasante natural y la cota de implantación de la edificación no coinciden con la reflejada en los planos. Para modificar los parámetros de posición del edificio en la parcela, se hicieron los movimientos de tierras y los muros de contención, por lo que son obras complementarias a las de la edificación y no independientes, obras afectas a la edificación. Con respecto a la copia del informe de la empresa que construyó los muros señalando que finalizaron en 2007 y facturas de movimientos de tierras de 2006 y 2007, no se comparte su valor por encima de la foto de 27 de junio de 2007, porque no se ven los abancalamientos tras los movimientos de tierras ni los muros de contención y la vivienda está sin finalizar. La edificación, rasante y muros, no se ajustan a las condiciones de posición y altura del actual plan, anulado, y caso de que se adecúen al anterior, a aquel bajo el que se concedió la licencia y que ha recobrado su vigencia, se puede pedir la legalización. Condiciones tales como la modificación de la posición y ocupación de la edificación no se pueden subsanar, y con relación a la edificabilidad, volumen, forma, altura, no coinciden los alzados y secciones proyectados

con los de la vivienda construída, además de que el plazo de ejecución de las obras contenido en la licencia, no fue cumplido. La parte demandante aporta informe conforme al cual se puede legalizar la vivienda por el plan de 2008.

**TERCERO.-** Lo cierto es que las mismas cuestiones ya fueron planteadas y resueltas en un asunto idéntico, en recurso contra resoluciones de la misma fecha que las aquí recurridas, de la Xerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Vigo de 13-2-2015 y 28-2-2014, rectificadas el 27-3-2015, dictadas en el expediente de reposición de la legalidad urbanística, en concreto en la STSJ, Contencioso sección 2 de 28 de julio de 2016, recurso 4242/2016, por lo que dada su identidad ha de dársele idéntica solución. En la misma lo que se decía era: *"Señala la Sala que la circunstancia de que el PGOU 1993 haya recobrado su vigencia tras la anulación del PXOM 2008, y de que la licencia concedida para la construcción del edificio litigioso se otorgase a tenor de las determinaciones del primero, convierten en parcialmente contrarias a derecho las resoluciones impugnadas, pues de no haber sido sustituido el plan general de 1993 por el de 2008 la decisión del procedimiento tenía que haber sido la de ordenar al interesado el ajuste de las obras a la licencia concedida..."*

*... anuladas las resoluciones impugnadas en cuanto ordenan al recurrente la demolición de su vivienda unifamiliar, orden que ha de ser sustituida por la de ajustar dicha edificación a la licencia concedida.*

**SEGUNDO:** *En el primero de los fundamentos de derecho del escrito en el que la parte actora formaliza su recurso de apelación se sostiene que la anulación por el Tribunal Supremo, en varias sentencias, de la disposición que dio aprobación definitiva al PXOM 2008 de Vigo determina la anulación de las resoluciones aquí recurridas, tal como se desprende de lo establecido por el artículo 73 de la Ley jurisdiccional, pues se trata de actos de aplicación de dicho plan general que no alcanzaron firmeza al haber sido recurridos en vía jurisdiccional. Esta alegación no puede ser aceptada, pues existen aspectos de las resoluciones impugnadas cuya conformidad a derecho no depende de las concretas determinaciones de un planeamiento general, sino de lo dispuesto en la Ley 9/2002 (LOUGA). La realización de obras sin licencia o*

*excediéndose de la licencia concedida, lo que indiscutiblemente se produjo en el caso enjuiciado, constituye una infracción urbanística, que da lugar a la reposición de la legalidad vulnerada y a la imposición de la sanción correspondiente. El Ayuntamiento de Vigo tramitó el procedimiento de reposición de la legalidad a que venía obligado por el artículo 209 de la LOUGA, y lo concluyó con la decisión prevista en el apartado a) de su número 3. Puede discutirse si esa decisión, a la vista de la anulación del PXOM 2008, debe ser mantenida, o sustituida por las que se prevén en los otros dos apartados del mismo número, pero lo que no cabe es anular en su totalidad las resoluciones impugnadas como si no se hubiese cometido infracción urbanística alguna. También tiene que ser rechazado lo que se alega en el segundo de los fundamentos de derecho del recurso de apelación. Las obras de movimiento de tierras para modificar la rasante natural del terreno, y la construcción de muros de contención de las tierras, son obras imprescindibles para que la edificación pudiese tener la configuración que presenta, por lo que no pueden ser tratadas como algo independiente. Además, en cuanto a la prescripción de las obras de movimiento de tierras y muros de contención, la Administración incorpora a su resolución de 13-3-2015 una fotografía aérea obtenida el 27-6-2007 en que no aparecen realizadas esas actuaciones, y sobre esta prueba de carácter objetivo nada se dice en el recurso de apelación.*

*TERCERO: La circunstancia de que el PGOU 1993 haya recobrado su vigencia tras la anulación del PXOM 2008, y de que la licencia concedida para la construcción del edificio litigioso se otorgase a tenor de las determinaciones del primero, convierten en parcialmente contrarias a derecho las resoluciones impugnadas, pues de no haber sido sustituido el plan general de 1993 por el de 2008 la decisión del procedimiento tenía que haber sido la de ordenar al interesado el ajuste de las obras a la licencia concedida, prevista en el artículo 209.3.c) de la Ley jurisdiccional. Pero no la prevista en el apartado b) del mismo precepto respecto a las obras realizadas sin licencia, pues para el ajuste de la vivienda a la licencia concedida es necesario recuperar la rasante natural del terreno, que es la que figuraba en el proyecto, lo que es totalmente incompatible con la conservación de las obras que procedieron a su alteración. Por ello tanto el recurso de apelación como el contencioso- administrativo tienen que ser en*



*parte acogidos, y anuladas las resoluciones impugnadas en cuanto ordenan al recurrente la demolición de su vivienda unifamiliar, orden que ha ser sustituida por la de ajustar dicha edificación, en el plazo de tres meses, a las condiciones señaladas en la licencia concedida para su construcción. Este pronunciamiento hace innecesario, por razones obvias, el examen de la alegación de la parte apelante sobre la aplicación del principio de proporcionalidad".*

Criterio que aplicado al presente supuesto, conduce a la misma solución y consiguiente estimación parcial del recurso.

**CUARTO.-** No procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación al ser en parte estimado (artículo 139. 2 de la Ley jurisdiccional).

**VISTOS** los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por D. José Martín Guimaraens Martínez, en nombre y representación de D. Teofilo; contra la sentencia nº 294/16, de 26 de septiembre de 2016, dictada en autos de PO nº 218/2015, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo; así como el recurso contencioso-administrativo, y por consecuencia procede la **ANULACIÓN** de las resoluciones impugnadas en cuanto ordenan al recurrente la demolición de su vivienda unifamiliar, orden que ha ser sustituida por la de ajustar dicha edificación, en el plazo de tres meses, a las condiciones señaladas en la licencia concedida para su construcción.

No se hace imposición de las costas de segunda instancia. Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la LJCA, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ, al estar celebrando audiencia pública la Sección 002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, en el día de su fecha, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.