



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00236/2019

-

Modelo: N11600
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2

Equipo/usuario: JC

N.I.G.: 36057 45 3 2018 0000279

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000144 /2018PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000144 /2018

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª:

Abogado: MARIA ARGIZ VALLEJO

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO

Abogado:

Procurador D./Dª PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA

SENTENCIA Nº 236/19

En Vigo, a 1 de octubre de 2019

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:

- representado y asistido por el letrado/a: María Argiz Vallejo,
frente a:

- Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo representado por la procuradora Paula Llordén Fernández Cervera y asistido por el letrado/a: Pablo Olmos Pita.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de marzo del 2018 la representación procesal indicada en el encabezamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 24 de enero de 2018 de la concejal delegada del área de urbanismo del Concello de Vigo que desestimó la reposición intentada frente a la previa que desestimó la solicitud del recurrente de declaración de situación de fuera de ordenación total de la edificación situada en el Camiño Souto, nº 68, de Valadares, Vigo, con referencia catastral 54057A01000112, según el proyecto redactado por el arquitecto don José A. Martín Curty, por no cumplir los requisitos exigidos por la Ley de aplicación.



SEGUNDO.- El 3 de abril del 2018 se resolvió la admisión a trámite del recurso y se requirió a la Administración recurrida la remisión del expediente; el 12 de abril del 2018 se personó la demandada y remitió el expediente que se puso de manifiesto al recurrente para que presentase su demanda, lo que verificó el 30 de mayo del 2018. En la petición de la demanda 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, y se acuerde la declaración de situación de fuera de ordenación total de la edificación situada en el Camiño Souto, nº 68, de Valadares, Vigo, y la caducidad de la acción urbanística para la reposición de la legalidad, por transcurso de más de seis años desde la conclusión de las obras, y todo con imposición de las costas procesales a la demandada.

TERCERO.- La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 29 de junio del 2018 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se confirmase la resolución recurrida. Por decreto de 3 de julio del 2018 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 10 de julio del 2018, se admitió la prueba propuesta por ambas partes, el juicio tuvo lugar el 17 de enero del 2019. En él se practicaron las testificales propuestas por la actora, José A. Martín Curty, Juan A. Pérez Diego y el representante legal de “Fontanería Sito, S.L.”. El 11 y el 27 de febrero del 2019 las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 1 de marzo. Por providencia de 11 de julio y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33.2 LJCA, se ha planteado a las partes otro posible motivo impugnatorio, con posibilidad de formular alegaciones al respecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La declaración de la situación de fuera de ordenación. Es lo que pretende el actor de la demandada y hemos de partir de la base de que la institución posee un doble origen:

a) Que se trate de edificios, construcciones e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultasen incompatibles con sus determinaciones por estar afectados por viales, zonas verdes, espacios libres, dotaciones y equipamientos públicos.

b) Que se trate de obras acabadas sin licencia, comunicación previa u orden de ejecución, o incumpliendo las condiciones señaladas en las mismas, respecto de las que no se hubiese incoado el expediente de reposición de la legalidad, o respecto



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de las que no se hubiesen adoptado las medidas de restauración de la legalidad urbanística, tempestivamente.

En el caso enjuiciado es pacífico que no nos hallamos en el primer supuesto, sino en el segundo, puesto que cualquiera que sea la fecha que se tome como de inicio y conclusión de las obras, preexistía ya respecto de esa zona o espacio en el que se ubica la obra, una aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que establecía las posibilidades edificatorias.

El supuesto segundo que hemos señalado como b) representa el fracaso de la acción urbanística, la prevalencia del principio de seguridad jurídica sobre el ejercicio de la potestad de disciplina urbanística.

Entonces, entiendo que una declaración de situación de fuera de ordenación de una construcción con origen en este motivo, solo puede obtenerse de la Administración que en cada caso, sea competente para el ejercicio de la acción de restauración de la legalidad urbanística. No es lógico, ni razonable que se pueda recabar y obtener esa declaración de fuera de ordenación de una Administración que nunca ha tenido, ni tiene competencia para el ejercicio de la acción de reposición de la legalidad urbanística, y por el contrario, resulta jurídicamente coherente que se obtenga, en su caso, respecto de la Administración que pudo y debió ejercitar esa potestad restauradora. Solo a esta Administración le compete verificar el cumplimiento de las exigencias legales para la procedencia del fuera de ordenación, cuando pueda derivar de la ausencia de la potestad restauradora urbanística. Esto es, que la construcción se halle terminada, en el sentido conocido de que objetivamente sea hábil para servir a su destino natural o finalidad propia, y que hubiesen transcurrido seis años desde entonces, sin que se hubiesen adoptado medidas para la reposición de esa legalidad ignorada.

El caso es que resulta un dato no controvertido, porque la actora ya lo reconoce, que la obra litigiosa radica en suelo clasificado por el PXOU vigente, el del año 1993, como rústico, a lo que la demandada añade que, además, merece la consideración de especial protección forestal, ex art. 34.2 b) de la LEY 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG).

Entonces, si tenemos claro lo que indica el art. 156 LSG: "Corresponde a la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística la competencia para la adopción de las medidas precisas de protección de la legalidad urbanística respecto a las obras y usos realizados en suelo rústico, en cualquiera de sus categorías, sin el preceptivo plan especial, sin autorización autonómica o sin ajustarse a las condiciones de la autorización otorgada, así como en los supuestos de obras y usos prohibidos".

Alcanzamos la conclusión de que el recurrente solo podrá recabar y obtener la declaración de situación de fuera de ordenación, de la Axencia de protección da legalidade urbanística (en adelante, APLU), no del Concello de Vigo.

Solo la APLU es la competente para responder adecuadamente si las obras se han terminado hace más de seis años y si en ese plazo no ha adoptado medida alguna para reponer la legalidad urbanística que indudablemente se ha ignorado por no ser discutido que la obra carezca de las preceptivas licencias.

Adviértase que ni el art. 90 LSG, ni el precedente 103 LOUGA, se refieren expresamente a ninguna Administración en cuanto a la tramitación del fuera de ordenación, y si acudimos al Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, al referirse en su art. 28.4, al trámite administrativo de declaración de obra nueva, para



el caso de la constancia registral de la terminación de la obra cuando se trate de edificaciones en fuera de ordenación, a consecuencia del fracaso de la acción urbanística, indica que se regirá por el siguiente procedimiento:

a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento **o por técnico competente...**

La competencia de la demandada en el presente caso se ciñe a lo que indica el art. 156.2 LSG: adoptar las medidas necesarias para la paralización de las obras y actividades en ejecución, y dar cuenta de forma inmediata a la persona titular de la consejería competente en materia de urbanismo, algo de lo que por cierto, no hay constancia que se hubiese hecho.

Entonces, la segunda de las pretensiones merece ser desestimada de plano.

SEGUNDO.- La recurrente, con carácter previo a obtener que por la demandada se declarase el fuera de ordenación de su vivienda, ha pretendido que se aprecie la disconformidad a Derecho de la actuación impugnada, se anule y revoque, y esta es:

Primero, la resolución de 30 de octubre del 2017, de la concejal delegada del área de urbanismo del Concello de Vigo, recaída en el expediente nº74829/421, que desestimó la solicitud del recurrente de declaración de situación de fuera de ordenación total de la edificación situada en el Camiño Souto, nº 68, de Valadares, Vigo, según el proyecto redactado por el arquitecto don José A. Martín Curty, por no cumplir los requisitos exigidos por la Ley de aplicación.

Segundo, su confirmación en reposición por la resolución 24 de enero de 2018, también de la concejal delegada del área de urbanismo del Concello de Vigo.

Adelantaremos que la desestimación de la petición del interesado no se ha fundamentado en el argumento competencial que hemos expuesto y desde esta perspectiva, estrictamente formal, la actuación impugnada incurre en el vicio de nulidad radical contemplado en el art. 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por lo que merecerá ser estimada la demanda en cuanto a la disconformidad a Derecho de la actuación.

Ahora bien, desde la perspectiva material, y aunque solo sea con efectos meramente de *obiter dicta*, haremos las siguientes consideraciones que se extraen de la valoración de la prueba practicada:

Correctamente la resolución de la reposición señala que los argumentos por los que se ha recurrido la resolución inicial, son dos, uno, la falta de motivación y otro, la prescripción de la acción municipal para el ejercicio de la acción de la restauración urbanística.

El caso es que el primero de los motivos impugnatorios vertidos, como además, ya no se reitera en la demanda, merece ser desestimado como lo hizo la resolución combatida, porque la resolución de 30 de octubre del 2017, está cumplidamente motivada mediante la técnica *in aliunde*, ex art. 88.6 LPAC:

“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.”

La resolución acepta la propuesta de la técnica de administración general que el 16 de octubre del 2017, emitió un completo informe en el que, a su vez, se hace eco de



los diferentes informes que se han ido sucediendo en el expediente, desde que el interesado promoviese su solicitud en el lejano octubre del 2011.

Se motiva que sobre la base del informe de la arquitecta municipal de marzo del 2012, se descartó la posibilidad de que el supuesto de hecho presentado por el interesado tuviese cabida en la moratoria recogida en la Disposición transitoria tercera, introducida por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, sobre edificaciones sin licencia.

El informe a que se remite la resolución administrativa continúa con la exposición de antecedentes del caso, explicando que tras el traslado de esa primera desestimación de la petición al interesado, se le concedió plazo para presentar alegaciones y lo hizo en julio y noviembre del 2012.

Nuevamente el técnico municipal, ingeniero de edificación, emitió otro informe en respuesta a esas alegaciones, con igual signo desestimatorio por no hallarse acreditada la fecha de la conclusión de las obras y en consecuencia, la caducidad de las posibilidades de reposición de la legalidad urbanística.

Es bueno hacer dos precisiones en este punto:

Una, que en las alegaciones que originaron este segundo informe de noviembre del 2012, el recurrente había modificado el fundamento de su petición y a la vista de que no había espacio para ella en la Disposición transitoria tercera LOUGA, ha pretendido que la declaración de fuera de ordenación se emitiese al abrigo de la Instrucción municipal 3/2012 relativa al establecimiento del procedimiento administrativo para la declaración de fuera de ordenación de las edificaciones con infracciones prescritas.

El informe técnico, igual que ahora la contestación a la demanda, no entran en el análisis de esta Instrucción municipal 3/2012, de 8 de junio del 2012, y su contenido se centra en la ausencia de acreditación de la conclusión de las obras, apuntando que los indicios que se extraen de la prueba presentada es que se habría iniciado en el año 2005 y que el alta de la edificación catastralmente, es del 2011.

La segunda precisión que queremos hacer notar es que este informe técnico desfavorable se le ha notificado al interesado casi un año y medio después de su emisión, en marzo del 2015.

Más alegaciones del recurrente y consecuencia de ellas se gira inspección al lugar por el delineante municipal en enero del 2016, que elabora un reportaje fotográfico que sirve de base al informe emitido por el arquitecto municipal otro año y medio después, en octubre del 2017, también de signo desfavorable y con reflejo de todos ellos, la técnica de administración general elabora el informe –propuesta que representa la motivación cumplida y exigida por el art. 35 LPAC, de la resolución impugnada.

Entonces, más allá de cierta lentitud, pasividad o desidia municipal en la tramitación del expediente, es necesario rechazar la ausencia de motivación que se le reprochó a la resolución combatida.

TERCERO.- Continuando con el análisis de la perspectiva material de la conformidad a Derecho de la actuación impugnada, el otro motivo impugnatorio es el referido a la acreditación de la caducidad de la acción urbanística. En este punto haremos la siguiente consideración previa, fruto de la longevidad del expediente: A



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

la vista de la prueba practicada todo apunta que en el año 2011, cuando se presentó la solicitud no había prueba de que hubiese caducado la acción para la restauración de la legalidad urbanística, y a continuación lo motivaremos, pero actualmente, dado el tiempo transcurrido, todo apunta que sí, por no existir constancia de que se hubiesen adoptado medidas para la restauración de la legalidad urbanística por la Administración competente, a salvo lo que pueda indicar la APLU.

Y es que el sentido común y la lógica más aplastante empujan a concluir que nadie interesa de la Administración una solicitud como la que se pretende, si al menos cuando la presenta, en el año 2011, no ha concluido la obra. Lo contrario constituiría una temeridad manifiesta, incluso aunque se recabase de una Administración incompetente, dicho esto en absolutos y estrictos términos competenciales, como ha sido el caso.

Entonces, en el 2011 la obra litigiosa tenía que estar terminada a los efectos que interesan del art. 153 LSG, pero de la misma forma que proclamamos esto, también hemos de respaldar la tesis municipal expuesta en la actuación impugnada, en cuanto que, antes de ese momento resulta difícil apreciar la terminación de las obras y por tanto, el dies a quo del plazo para la caducidad de la acción de reposición.

La mejor prueba de la ausencia de acreditación de la fecha de conclusión de las obras la ofrece la recurrente con el caos de fechas que ha ofrecido al respecto en todo el expediente, que han ido evolucionando con el paso del tiempo, hasta el punto de desconocer ahora cuál es la fecha que postula como de terminación de las obras.

Recordemos que inicialmente sostenía que la obra era existente con anterioridad al 1 de enero de 2003, luego, en base a un informe de la aparejadora María Esther Ferrón Penin, que la antigüedad de las obras se remontaba a mayo del 2004. Pero tampoco, porque en el acto del juicio los testigos dijeron:

El representante legal de “Fontanería Sito, S.L.”, vecino y antiguo compañero de trabajo del actor, dijo que se había encargado de la instalación del agua en la casa de éste, en la cocina, baños, y que lo hizo en enero del 2005, y por entonces faltaba la instalación eléctrica y los acabados interiores.

Explicó que siempre se acumula material de obra en las inmediaciones de la casa del recurrente, incluso grúas, porque el padre del demandante se dedica a la construcción, vive al lado, tiene allí un almacén y deposita allí los útiles.

No supo dar razón de la factura de esos trabajos.

explicó que se había encargado de la electricidad de la casa del actor, que fue a mediados del año 2005, que por entonces la obra estaba bastante avanzada.

Que elaboró el certificado de instalación para su presentación a “Industria”, pero que fue posteriormente, y sobre la factura de sus trabajos, dijo no recordar su paradero. José E. Martín Curty elaboró un informe para respaldar la conformidad de la obra a la DT 3ª LOUGA; que lo confeccionó en el año 2011 y por entonces ya estaba terminada.

Conoce el informe de la arquitecta técnica Ferrón Penin del 2008, en el que decía que entonces ya llevaba terminada la obra cuatro años.

Sobre el vuelo del año 2003 dice que ve lo que se ve, un prisma, pero la defensa de la demandada le ha preguntado por los vuelos y fotos de los años 2008 y 2014, en las que se advierten la teja, y chimeneas en el tejado.



Entonces, ni siquiera en el año 2005, como se sostiene en la demanda, se puede considerar concluida la obra, porque vimos que alguno de los testigos, el responsable de la electricidad, dijo que a mediados de ese año estaba bastante avanzada. En las conclusiones finales de la actora se emplea la expresión: “la casa estaba prácticamente terminada...”(en el año 2005).

Pero prácticamente terminada, es obvio que no es terminada, y si consideramos acreditado, como consideramos, que nos hallamos ante el habitual modelo de casa de crecimiento lento y perpetuo, la determinación de su conclusión efectiva se antoja harto complicada. Nótese que en esas mismas conclusiones finales la actora nos dice que aunque las obras se iniciaron en el año 2003 (que era cuando al principio se pretendía que estuvieran terminadas), la edificación existía, literalmente, desde hace décadas; de ahí lo del crecimiento paulatino. Al final, la actora concluye que ni siquiera es preciso acreditar la fecha de terminación de la obra, bastando con acreditar que en los últimos seis años no se ha desplegado la disciplina urbanística sobre ella, y en esto lleva razón, con el matiz de que la resolución se pronuncia sobre una solicitud que se ha presentado en el año 2011, fecha en la que no podemos considerar acreditado que hubiesen caducado las posibilidades para el ejercicio de la acción de restauración de la legalidad urbanística.

En consecuencia, la acción se estima en parte, apreciando su disconformidad a Derecho por un vicio de naturaleza competencial, ya que aun cuando no se ha pronunciado a favor del reconocimiento de la situación de fuera de ordenación de la vivienda litigiosa, se extiende en argumentación sobre ello careciendo de la competencia necesaria, por lo que se anula y revoca. Y se desestima la acción en la pretensión de obtener la declaración de fuera de ordenación.

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.”* Como la estimación de las pretensiones no es total, y la cuestión presenta serias dudas jurídicas y fácticas, no se efectúa pronunciamiento en costas.

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

FALLO

Estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la letrada María Argiz Vallejo, en nombre y representación de , frente al Concello de Vigo y la resolución de 24 de enero de 2018 de la concejal delegada del área de urbanismo del Concello de Vigo que confirmó en reposición la previa de 30 de octubre del 2017, que desestimó la solicitud de declaración de situación de fuera de ordenación total de la edificación situada en el Camiño Souto, nº 68, de Valadares, Vigo, que declaro disconformes a Derecho, anulo y revoco.

Sin imposición de costas.



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.

