



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00185/2019

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO DOS DE VIGO

Modelo: N11600

C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2

Equipo/usuario: CB

N.I.G: 36057 45 3 2018 0000168

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000089 /2018 /

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª:

Abogado: FRANCISCO JAVIER MARTINEZ COUTO

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª

Abogado:

Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 185/19

En Vigo, a 23 de julio 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:

- representada y asistida por el letrado/a: Francisco Javier Martínez Couto, frente a:
- Concello de Vigo representado por el procurador Ramón González Cornejo Molins, y asistido por el letrado/a: María Isabel Fernández Gabriel.
- Codemandado: , representado por el procurador Luis Pedro Lanero Táboas y asistido por el letrado/a: Iñigo Lanero Táboas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de febrero del 2018 la representación procesal indicada en el encabezamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de dos denuncias urbanísticas que había dirigido a la demandada, el 5 de febrero y el 20 de marzo del 2016, respectivamente, respecto la ejecución de unas obras realizadas en la parcela ubicada en , Vigo, y también respecto de la licencia que se le otorgó en el expediente nº 79130/421, el 6 de noviembre del 2014, a favor de



SEGUNDO.- El 21 de febrero del 2018 se resolvió la admisión a trámite del recurso y se requirió a la Administración recurrida la remisión del expediente; el 22 de marzo del 2018 se personó la demandada y remitió el expediente que se puso de manifiesto al recurrente para que presentase su demanda.

El 27 de abril del 2018, la actora ha pretendido la ampliación del recurso a la resolución de la demandada, de 9 de marzo del 2018, que acordó el archivo de las diligencias informativas en materia de edificación y uso del suelo, tramitadas en el expediente 18091/423.

Sin la oposición de la demandada, se ha admitido la ampliación del recurso en los términos interesados, por auto de 21 de mayo del 2018.

La demanda se presentó el 6 de julio del 2018, y en ella se solicitó que se dicte sentencia en la que se declare disconforme a Derecho la actividad administrativa impugnada, se anule y revoque, y se condene al Concello de Vigo a incoar el expediente de reposición de la legalidad urbanística, respecto de las obras denunciadas, y el de revisión de oficio de la licencia concedida, con imposición de costas.

TERCERO.- La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 7 de septiembre del 2018 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se confirmase la actuación recurrida.

El 14 de septiembre ha comparecido en calidad de codemandado y el 6 de noviembre ha contestado a la demanda también en términos de oposición a sus pretensiones.

Por decreto de 7 de noviembre 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 8 de noviembre del 2018, se admitió la prueba propuesta por todas las partes, el juicio tuvo lugar el 22 de enero del 2019 y en él se escuchó a instancia de la actora, como testigos perito, a Antonio Alemparte, Inés Álvarez Domínguez, y al agente de la policía local nº 294453. También ha comparecido la perito designada por la actora, Rebeca Galiñanes.

El informe pericial confeccionado por el técnico de la codemandada, Francisco Estévez Cerdeira, se ha presentado el 13 de febrero del 2019, por causas que no le han sido imputables.

El 20 de marzo y el 9 de abril del 2019, las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 10 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se nos pide que tras apreciar la disconformidad a Derecho de la desestimación primero presunta, y luego expresa, de dos denuncias urbanísticas presentadas el 5 de febrero y el 20 de marzo del 2016, respectivamente, respecto de la ejecución de unas obras realizadas en la parcela ubicada en Vigo, se condene al Concello de Vigo a:

- a) Incoar el expediente de reposición de la legalidad urbanística, respecto de las obras denunciadas.
- b) Incoar el expediente de revisión de oficio de la licencia concedida.

Resumidamente, la postura actora pasa por sostener que, en la medida en que la edificación litigiosa primitiva se encontraba en situación de fuera de ordenación y sobre ella se han ejecutado obras que exceden de las permitidas en esa calificación,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

la licencia que se ha expedido de obra, es nula. Sin perjuicio de que, tras una demolición ilegal de la construcción preexistente, ya no nos hallaríamos ante una rehabilitación, sino ante una edificación de nueva planta, erigida sobre una parcela libre.

En una primera aproximación a los hechos litigiosos podemos ver en los folios 80 y siguientes del expediente administrativo correspondiente al otorgamiento de la licencia, el número 79130/421 de 2013, que se contiene el acto de 6 de noviembre del 2014, por el que se concedió la licencia discutida; literalmente dice:

“Autorizar para construir, conforme aos informes que constan no expediente, cun orzamento de execución de 55.000 € e segundo o proxecto básico presentado, redactado polo arquitecto Ricardo Salgado Salgado o 10/6/2013 e reformado de 30/9/2013 e planos de 16/4/2014 e 30/9/2014, sendo director das obras o devandito arquitecto e director de execución o arquitecto técnico Pablo Comesaña Rial, a rehabilitación e ampliación dunha vivenda existente, incluíndo a recuperación do estado orixinal da edificación rebaixando a altura da cumbreira de cuberta, situada en , cunha superficie total a construir de 134,65 m², e referencia catastral A parcela na que se propón a rehabilitación e ampliación da vivenda unifamiliar está clasificada no PXOM vixente como solo urbano consolidado e cualificada coa ordenanza 10, grado I, de edificación residencial exterior.”

Pues bien, si tenemos a la vista los términos de la licencia concedida y efectuamos un simple contraste entre las fotografías obrantes en los folios nº 43, y 44 (informe de inspección, realizado por el delineante municipal, Antonio Alemparte, el 14 de marzo del 2014, en el seno del expediente administrativo correspondiente al otorgamiento de la licencia, el número 79130/421 de 2013), y las fotografías de la realidad construida, folios nº 144 y siguientes del expediente de reposición de la legalidad, nº 18091/423. Pues con esta comparativa visual, fácilmente uno llega a la conclusión de que lo que hay, nada tiene que ver con lo que había, es una realidad constructiva nueva.

Veremos, sin embargo, que los términos de la licencia son lo suficientemente amplios para dar cabida a resultados tan dispares como los concebidos.

SEGUNDO.- No obstante, antes de analizar el resultado final, hemos de comenzar con el principio, con el estudio de las posibilidades teóricas constructivas de la finca y para ello consideraremos acreditado que en la parcela existía una vieja construcción, que el catastro nos indica cómo año de su construcción el 1972.

Su estado puede intuirse con facilidad a partir del reportaje fotográfico realizado por el delineante municipal, el 17 de junio del 2010, en el seno del expediente nº 1000074398, incoado en virtud de la primera denuncia de la actora, colindante de esta propiedad.

Este informe da cuenta de la realización reciente de obras sobre la edificación, las explica y del examen de las fotografías se advierte fácilmente su naturaleza; el informe las describe como obras de limpieza y tapado de las juntas existentes entre los sillares de cantería que conforman las fachadas de la edificación, enlucido exterior de las paredes del galpón adosado a la edificación principal y la renovación de la cubrición de la cubierta, con nuevas planchas de fibrocemento en un montaje a dos aguas.

Añade el informe que se constata la elevación de la cubierta sobre las líneas de la anterior, en una dimensiones aproximadas de 35 centímetros sobre las fachadas laterales, y en 80 centímetros en la zona correspondiente a la cumbreira, suplementándose la ampliación con fábrica de ladrillo, y enlucido de mortero en la fachada anterior y posterior (folios nº 1 y siguientes del expediente de reposición de la legalidad, nº 18091/423).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

La denuncia que data de 26 de mayo del 2010 indica que por entonces, se estaban realizando. Y sabemos que dichas obras carecían de licencia, ni se ha pedido, ni la han obtenido nunca.

Pero el asunto quedó ahí, no se tramitó nada más hasta marzo del año 2014, cuando a consecuencia de nueva denuncia se giró nueva visita por el inspector municipal (folios nº 10 y siguientes del expediente de reposición de la legalidad, nº 18091/423), en el que se viene a informar que el estado de cosas es similar al conocido en la visita de cuatro años antes, pero con la novedad de que está en trámite una solicitud de licencia de obra para la construcción de una vivienda unifamiliar, nº 79130, con informe técnico favorable

Entonces, una primera reflexión se impone:

Las obras realizadas en el año 2010 debieron originar la incoación, tramitación y resolución de un expediente de reposición de la legalidad urbanística por la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 209 de la entonces vigente Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (en adelante, LOUGA), o actual 152 de la LEY 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG).

No sirve alegar que el asunto contaba con prioridad 8 (baja) porque por entonces y hasta junio del 2013, no se había solicitado la licencia de obra, luego, no existía, ni se conocía este elemento que pudiera servir de "atenuante", o de justificación en la ausencia de prioridad.

Que se trataba de obras en curso de ejecución lo demuestran los ligeros pero apreciables cambios en la edificación, existentes entre los años 2010 y 2014, puesto que en las fotografías de esta última inspección pueden verse los cambios sobre la cubierta y ventanas, mejoradas.

Ahora bien, nos preguntamos cuál hubiera sido el destino de ese expediente de reposición de legalidad, de haberse incoado, como era preceptivo, y para ello es capital conocer la clasificación del suelo, la situación de la construcción sobre la que se ha obrado.

La actora no ha conseguido acreditar que su situación hubiera sido la de fuera de ordenación total y a falta de otros elementos, hemos de quedarnos con el criterio expuesto por la técnica municipal, Inés Álvarez Domínguez, en el acto del juicio, sobre que su estado era el de fuera de ordenanza, o fuera de ordenación parcial, como por otra parte ya se apunta en el informe de la perito designada por la actora, Rebeca Galiñanes. La licencia ya hemos visto que atendió a una clasificación, según el PXOM 2008, de suelo urbano consolidado, ordenanza 10, grado I, de edificación residencial exterior.

En todo caso, siendo su situación la contemplada en el art. 103 LOUGA, ó 90.2 LSG, habría que convenir que las obras ejecutadas en el año 2010 sin licencia, podrían encajar sin dificultad entre las de la clase de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente, por lo que se comprende su carácter legalizable. Los preceptos legales dicen:

"El planeamiento urbanístico determinará el régimen a que hayan de someterse las edificaciones, construcciones e instalaciones preexistentes a su aprobación definitiva que no sean plenamente compatibles con sus determinaciones, pero que no estén incursas en la situación de fuera de ordenación, con arreglo a lo señalado en el apartado anterior, pudiendo realizarse, como mínimo, las obras señaladas en el apartado anterior. Que, como es sabido, son las de conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente.

Desconocemos las determinaciones del PXOM 2008 para las edificaciones en situación de fuera de ordenanza, la demandada nos cuenta que, en determinadas condiciones, son posibles en ellas las obras de reforma y ampliación y la actora no ha sido quien de desvirtuarlo.

Entonces, concluimos que la concesión de una licencia en los términos interesados, consistente en la rehabilitación y ampliación de una vivienda preexistente, en



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

situación de fuera de ordenanza, incluyendo la recuperación de su estado original y rebajando la altura de la cumbrera de la cubierta, era, en principio, posible y conforme a Derecho.

TERCERO.- La recurrente hemos visto que pide que se condene a la demandada a incoar el expediente de revisión del acto de concesión de la licencia, por considerarlo nulo de pleno derecho, según el art. 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC):

“f) Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

Pero la licencia otorgada no puede ser nula por este motivo, ya que no se nos indica cuál es el requisito esencial del que carece el licenciado para su adquisición. Luego, resulta improcedente la incoación de la revisión de oficio por esta circunstancia.

Sin embargo, otras veces hemos tenido ocasión de conocer supuestos litigiosos similares al que nos ocupa y en todos estos casos parecidos, en los que se pretendía la rehabilitación de una construcción centenaria, ruinosa, o ejecutada sobre mampostería y sorprendente e inexplicablemente, al mover la primera piedra, se derrumbaba por completo. Pues en todas estas situaciones, nos ha venido a la mente la concurrencia del vicio de nulidad radical contemplado en el apartado c) de ese art. 47.1 LPAC, en lugar del supuesto que ahora se nos denuncia.

La licencia tendría un contenido imposible, luego resultaría nula de pleno derecho, si autoriza conceptos incompatibles o de imposible cumplimiento y exponemos por qué: Resulta difícil, o con más propiedad, imposible sostener que se pueda acometer una obra de rehabilitación y ampliación de una vivienda, incluyendo la recuperación de su estado original, con la ejecución de un sótano para la existencia de garaje, sin que se borre del mapa la edificación preexistente que, cualquier técnico sabe, a priori, que es inconsistente y que no resistirá obras de cimentaciones como las contempladas en el proyecto y que han sido bendecidas por la licencia. Sobre todo considerando que la edificación cuenta con cuarenta años, está construida en sillería de granito (cachotes, los denomina el arquitecto de la obra) y sobre todo, carece de construcción subterránea.

Por eso decimos que su contenido pudiera ser imposible, porque lo es conservar y demoler, porque igual de incompatible pudiera resultar recuperar el estado original y una edificación de nueva planta. Si se demuele, no se conserva, y si se crea una nueva realidad constructiva, no se recupera la edificación original.

El inspector municipal, delineante, informa tras la denuncia de octubre del 2015, que la demolición de la pared maestra correspondiente al lateral izquierdo de la edificación principal, no se contempla en la licencia (folio nº 95 del expediente administrativo correspondiente al otorgamiento de la licencia, el número 79130/421 de 2013).

Pero al respecto hemos de razonar que la licencia quiso armonizar conceptos imposibles y el resultado es el conocido, de la edificación preexistente nada queda, se ha efectivamente demolido, y en su lugar se ha erigido una edificación nueva que se presenta como una rehabilitación y ampliación de la preexistente, a la que se le ha añadido una parte de la construcción que evoca la preexistente y que pretende cumplir la exigencia de la recuperación del estado original, con rebaje de cumbrera.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Esta parte puede verse en las dos fotografías inferiores (sobre todo la del pie del folio) que figuran en el folio nº 144 del expediente de reposición de la legalidad, nº 18091/423. Ahí vemos una parte de la obra nueva que desentona o está claramente distorsionada con el resto de la construcción, pero que es preciso destacar que es totalmente nueva, aunque pretenda evocar la realidad preexistente. Es verdad que los materiales empleados son sillería de granito, pero hasta ahí la similitud con la edificación preexistente.

A esta parte nueva que “recupera” la edificación anterior se le dota de cubierta de teja, no fibrocemento (o fibrocemento que imita teja, en todo caso diferente al preexistente), y dispone de chimenea y velux, pero todo es nuevo, reconstruido.

Ahora bien, la demandada y sobre todo, la codemandada, cuentan con un elemento normativo a su favor, el concepto de obras de rehabilitación que nos ofrece el Anexo I LSG: “acciones y medidas que tengan por objeto permitir la recuperación de un uso original perdido o la implantación de un nuevo uso compatible con el inmueble.”

Como vemos, la acción rehabilitadora se centra o exige la recuperación de uso original y desde esta perspectiva, parece claro que la licencia habilitaría legalmente la ejecución de obras como las realizadas, pues persiguen y consiguen la recuperación del uso de vivienda de la edificación preexistente, y comprende intrínsecamente su demolición, puesto que para la ejecución de unos nuevos cimientos, con planta sótano, resulta indispensable.

La interpretación sistemática que extraemos del estudio de las definiciones que se contienen en ese Anexo I LSG, entiendo que auxilia en esta dirección, puesto que mientras que respecto de otro tipo de obras, se exige directa o literalmente la permanencia de los elementos constructivos preexistentes, no sucede lo mismo con el concepto de rehabilitación. Así, por ejemplo, las obras de mantenimiento exigen que se mantengan las características, funcionalidad y longevidad del inmueble, sin que se produzca ninguna sustitución o introducción de nuevos elementos. Las de conservación, que no afecten a su funcionalidad, a sus características formales o a su soporte estructural, por lo que no supondrán la sustitución o la alteración de sus principales elementos estructurales o de diseño. En cambio, al referirse la Ley a las obras de demolición, indica que no tendrá la consideración de demolición parcial el derribo de los elementos estrictamente necesarios para realizar las actuaciones de conservación, rehabilitación, reforma y reconstrucción, siempre que se realicen simultáneamente en el mismo proyecto de obra.

Entiendo que, en contra de lo que apuntó el delineante municipal, la conformidad a Derecho de la licencia otorgada, solo se entiende si implícitamente comprende la posibilidad de “demoler” la construcción preexistente, aunque luego se “rehabilite”, se “recupere”, con su ampliación. De lo contrario, si como apunta el técnico la licencia, no incluía la posibilidad de deshacer lo hecho, habría que concluir que su contenido era de imposible cumplimiento y por tanto, nos hallaríamos en el supuesto de su nulidad radical.

Entonces, para no reputar de contenido imposible la licencia otorgada, la única interpretación posible y conforme a Derecho, en cuanto a su contenido es que, aun cuando, respondiendo a lo solicitado, autorizaba la obra apelando a la recuperación del estado original de la vivienda, a la vez, permitía implícitamente una demolición completa de la misma que, por mucho que se defienda por la recurrente que ha sido accidental, notoria y técnicamente resultaba inevitable.

En resumen, como nos situamos en la primera de las hipótesis anteriores, no hay motivos para apreciar la nulidad de pleno derecho de la licencia concedida, por lo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

que se comprende la desestimación de la pretensión que persigue la condena de la demandada a la incoación del expediente para su revisión de oficio.

En otro orden de cosas, la confrontación de la legalidad de la licencia debe realizarse con el PXOM 2008, vigente en el momento de su solicitud y su otorgamiento, a pesar de su anulación por la STS, Contencioso sección 5 del 10 de noviembre de 2015 (Recurso: 1658/2014). De manera que entiendo improcedentes las argumentaciones actoras relativas al incumplimiento de la exigencia de parcela mínima para la edificación, segregación de la parcela, a tenor del nuevamente vigente PXOU de Vigo de 1993.

CUARTO.- Siendo legal la concesión de la licencia, asunto distinto es que su titular se hubiese ajustado a sus determinaciones, lo que a su vez, será condicionante del acogimiento, o no, de la otra pretensión actora, que se condene a la incoación del expediente de restauración urbanística.

Pues bien, tras un requerimiento inicial en el que la arquitecta municipal ya expresaba que nos hallábamos ante obras de nueva planta, esta técnico informa el 6 de marzo del 2014 que el proyecto cumple con las condiciones de retranqueo, plazas de garaje y demás condiciones de la ordenanza de emplazamiento (folio nº 35 del expediente administrativo correspondiente al otorgamiento de la licencia, el número 79130/421 de 2013).

La demolición de la construcción preexistente para la edificación de la nueva, ya hemos razonado que lo amparaba la licencia, pues hubiera sido imposible acometer el proyecto autorizado sin esa demolición, y recuérdese que la licencia se autoriza según el *"...proyecto básico presentado, redactado polo arquitecto Ricardo Salgado Salgado"*. A la vez, hemos explicado que la demolición resulta compatible normativamente con la rehabilitación y la recuperación de la edificación primitiva.

Acudimos ahora al informe emitido por el arquitecto municipal en septiembre del 2017 (en el folio nº 146 del expediente de reposición de la legalidad, nº 18091/423), que nos dice que tras la conclusión de la obra, y a la vista del resultado de su inspección, en la que se ha comprobado que la configuración exterior coincide con lo licenciado y que se han realizado las cesiones destinadas a viales, no se aprecian modificaciones sustanciales con respecto al proyecto autorizado, estando pendiente actualmente la tramitación de la primera ocupación.

Desembocamos así en la resolución de la demandada, de 9 de marzo del 2018, que acordó el archivo de las diligencias informativas en materia de edificación y uso del suelo, tramitadas en el expediente 18091/423 (folio nº 177 del expediente de reposición de la legalidad, nº 18091/423). A esta actuación se ha ampliado la actividad administrativa impugnada, pero a la vista de lo expuesto, ya se comprende que no hay motivos para acoger la pretensión de la declaración de su disconformidad a Derecho. No se ha llegado a incoar el expediente de reposición de la legalidad urbanística porque el resultado de estas diligencias de investigación previas, ha sido su archivo, no se han encontrado motivos para la incoación del expediente restaurador. Y la actora salvo la cuestión atinente a la demolición de la edificación preexistente, que ya ha sido abordada, no ha denunciado, ni acreditado la existencia de cualesquiera otros extremos que supongan un desajuste con lo licenciado.

Se aprecia la conformidad a Derecho de la actuación administrativa impugnada, por lo que se desestima la demanda.



QUINTO.- 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.”*

A lo largo de la sentencia ya hemos motivado que pudieran existir dudas en torno al alcance de la licencia, y en particular, sobre la posibilidad de que comprendiese acciones como la que se ha ejecutado en el presente caso, y estas dudas son las que justifican la interposición del recurso contencioso administrativo, y la no imposición de costas.

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

FALLO

Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Francisco Javier Martínez Couto en nombre y representación de , frente al Concello de Vigo, y la Xerencia municipal de urbanismo, y su resolución de 9 de marzo del 2018, que acordó el archivo de las diligencias informativas en materia de edificación y uso del suelo, tramitadas en el expediente 18091/423, respecto de la ejecución de unas obras realizadas en la parcela ubicada en Vigo.

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

