



T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2 A CORUÑA

SENTENCIA: 00120/2021

Tribunal Superior de Justicia de A CORUÑA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección segunda

Procedimiento **AP 4285/2019**

S E N T E N C I A

ILMOS. MAGISTRADOS:

MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ (presidenta)

JOSE ANTONIO PARADA LOPEZ

JULIO-CESAR DIAZ CASALES

ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR

En A CORUÑA, a 5 de marzo de 2021

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Magistrados relacionados al margen, los autos del RECURSO DE APELACION 0004285.2019 entre partes, como apelante Concello de Vigo representado por la procuradora Sra. Begoña Millán Iribarren y asistido por el letrado Sra. María Isabel Fernández Gabriel y como apelada "Flamingo Vigo, S.L." representada por Sra. María Lima Durán y asistida por el letrado Sr. Miguel Hinrichs Gallego

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso de apelación por Concello de Vigo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Vigo de fecha 23 de mayo de 2019 en procedimiento ordinario 417.2017.



La resolución/acto administrativa/o recurrida/o en la instancia se concreta en resolución de la Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo, de 11 de octubre del 2017, recaída en el expediente PLU de actividad y obras, nº 19595/423, que, en sus dos primeros puntos, acordó: Primero.- Declarar que las obras ejecutadas por la entidad mercantil "Flamingo Vigo, S.L." en la edificación-pórtico situada en el extremo oeste de los jardines de las Avenidas en la calle Montero Ríos, s/n, con referencia catastral 3467627 NG2736N, consistentes en: colocación de carpintería metálica fija en el perímetro, falso techo, instalación de aire acondicionado, construcción de paramentos exteriores e interiores de fábrica, tabiques tipo pladur, muretes interiores e instalaciones en cubierta (parte de los tabiques de fábrica construidos reducen las dimensiones del acceso a las escaleras y ascensores del aparcamiento de uso público), sobre una superficie aproximada de 329 m², realizadas sin la preceptiva licencia, son incompatibles con el ordenamiento urbanístico y, en consecuencia, impedir los usos a los que diesen lugar y ordenar a la referida entidad mercantil su demolición y la reposición de la edificación a su estado anterior a la ejecución de las referidas obras. Segundo.- Requerir a "Flamingo Vigo, S.L." para que proceda voluntariamente a la demolición de dichas obras y, dado el carácter singular de la edificación sobre la que se realizaron, a la reconstrucción del estado anterior de la edificación en los términos del proyecto aprobado en el convenio de "Abrir Vigo ao mar", al que se remite la ordenanza 11 del Plan especial del puerto de Vigo. Para tal fin, deberá presentar en este procedimiento, en el plazo máximo de tres meses, un proyecto técnico de demolición y reconstrucción del estado anterior al incumplimiento, emitido por técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente. Las obras deberán iniciarse en el plazo de un mes desde la presentación del proyecto y su finalización deberá acreditarse en el plazo máximo de tres meses desde su inicio, mediante la presentación ante esta Administración de un certificado final de obra. En caso de incumplimiento se procederá por este Concello a su ejecución forzosa, bien mediante ejecución subsidiaria por cuenta del interesado, bien mediante la imposición de multas coercitivas, reiterables mensualmente hasta lograr la ejecución por el sujeto obligado, en cuantía de 1.000 a 10.000 euros, cada una."





SEGUNDO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia por la que se estime el recurso de apelación, revoque la recurrida y estime el recurso contencioso-administrativo con los pronunciamientos solicitados en su demanda con expresa imposición de costas a la parte recurrida.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

Por la apelada en el presente procedimiento, se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, solicitando se dictara Sentencia que desestime íntegramente LA APELACION con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, se señaló para la votación y fallo, en que tuvo lugar la diligencia (4 de marzo de 2021), quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

Siendo PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO PARADA LOPEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento.*

Se dirige la presente apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Vigo de fecha 23 de mayo de 2019 en procedimiento ordinario 417.2017 con la siguiente parte dispositiva: "Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Miguel Hinrichs Gallego, en nombre y representación de "Flamingo Vigo, S.L.", frente al Concello de Vigo, y la resolución de la Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo, de 11 de octubre del 2017, recaída en el expediente PLU de actividad y obras, nº 19595/423, que por ser disconforme a Derecho, se anula y revoca. Con imposición de costas, con el límite expuesto."



SEGUNDO.- Recurso.

Se presenta recurso de apelación por el apelante con fundamento en los siguientes argumentos:

1.- Falta de competencia da Xerencia Municipal de Urbanismo para coñecer das actuacións en materia de disciplina urbanística

2.- Valoración da proba practicada contida na Sentenza

3.- Carácter legalizable das obras e falta dun requirimento previo de legalización das mesmas

TERCERO.- El juicio de la Sala.

Se aceptan los fundamentos de la sentencia de instancia en cuanto no difieran de la presente.

1.- Debemos señalar como hechos previos que resultan del expediente para la valoración del presente recurso los siguientes:

a) En fecha 26 de octubre de 2016 el departamento municipal de seguridad comunica a la Xerencia Municipal de Urbanismo el ejercicio de actividades en Laxe y en las avenidas (Zona Portuaria Central de Vigo)

b) En fecha 19 de mayo de 2017 se informa de la ejecución de obras en el lugar.

Así, en el folio 1 y 2 de la resolución (98 y 99 del expediente) nos describen las presuntas obras que se consideran infracciones:

(1)-Na fachada sur existe un paramento vertical de fábrica de ladrillo revestido con morteiro de cemento en vez de carpintería denominada como V6.

(2)-No centro da instalación se realizaron uns muretes de fábrica de ladrillo revestidos con morteiro de cemento formando un rectángulo de 4,6 por 4,8 m e una altura duns 1,1m.

(3)-Onde se reflicte a carpintería denominada como V1 e parte da V2, existe en realidade una estancia duns 10 m2 que non consta nos planos; deixandoun corredor de acceso para a





entrada dos ascensores e escaleiras do aparcadoiro de 3,65m de longo e 1,2 de ancho, tamén esta distancia o espazo entre a nova parede e o inicio das escaleiras de acceso o aparcadoiro.

(4)-Entre a barra e o aseo existe una estancia realizada con pranchas tipo "pladur", duns 6m² que tampouco se recolle no proxecto autorizado.

(5)-Na parte nordeste e por detrás de aquel aseo existe outra superficie duns 12 m² pechada en parte con fábrica de ladrillo revestido con morteiro de cemento e en outra en vez de carpintería denominada V8 e parte da VC3. Tamén existe un tabique de ladrillo revestido duns 2 m de longo por 1,1 de altura.

(6)-Obsérvanse outras zonas onde a carpintería debería ser corredía e semella que é fixa" (y esta última afirmación en cuanto a las cristalerías autorizadas en la licencia otorgada).

c) El arquitecto municipal emite informe técnico en fecha 24 de mayo de 2017

d) En fecha 25 de mayo de 2017 se ordena la incoación de procedimiento y la suspensión de obras y usos

e) En alegaciones de los interesados en fecha 17 de agosto de 2017 se afirma que serían obras legalizables con proyecto de legalización.

2.- Extemporaneidad del Recurso de Apelación. Inadmisibilidad.

Por la parte apelada entiende que basta un mero cómputo de los plazos transcurridos desde la fecha de notificación de la sentencia recurrida, hasta la interposición del recurso, para constatar que el mismo se interpone fuera de los plazos legalmente establecidos. Ni la solicitud de obtención de la grabación solicita la suspensión del plazo para la interposición del recurso ni, lógicamente y en congruencia con la petición, la correspondiente resolución judicial acuerda la eventual suspensión de dichos plazos. Por lo tanto, y desde la perspectiva estrictamente fáctica es obvio que ningún plazo se ha podido entender interrumpido.

Dispone el art. 448.2 LEC que "Los plazos para recurrir se contarán desde el día siguiente al de la notificación de la



resolución que se recurra, o, en su caso, a la notificación de su aclaración o de la denegación de esta”.

El art. 134 LEC dispone que: «1.Los plazos establecidos en esta Ley son improrrogables. 2. Podrán, no obstante, interrumpirse los plazos y demorarse los términos en caso de fuerza mayor que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora. La concurrencia de fuerza mayor habrá de ser apreciada por el Secretario judicial mediante decreto, de oficio o a instancia de la parte que la sufrió, con audiencia de las demás. Contra este decreto podrá interponerse recurso de revisión que producirá efectos suspensivos”

El art. 147 dispone que: “Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse, salvo en aquellos casos en que una ley así lo determine. El Secretario Judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales”.

Dispone el art. 152.2 de la LEC lo siguiente: “2. Los actos de comunicación al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado, a los Letrados de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas, o del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las demás Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, así como los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrán por realizados el día siguiente hábil a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el artículo 162. Cuando el acto de comunicación fuera remitido con posterioridad a las 15:00 horas, se tendrá por recibido al día siguiente hábil”.

Examinando el procedimiento se debe hacer constar que consta en la referencia de Lexnet como fecha y hora de envío de la notificación el 23 de mayo de 2019 a las 13.15 horas y la fecha de recepción el 23 de mayo de 2019 a las 16.26 horas (por tanto después de las 15.00h).





La realización de la notificación se entiende producida en fecha 24 de mayo de 2019 al ser posterior a las 15.00 horas comenzando el plazo el día siguiente hábil (artigo 448.2 LEC) 27 de mayo de 2019.

Habiéndose presentado el recurso en fecha 17 de junio de 2019 a las 14.50 horas no puede ser considerado extemporáneo y por tanto la causa de inadmisibilidad propuesta debe desestimarse al estar interpuesto en plazo el recurso de apelación.

3.- Segundo motivo de recurso.- Falta de competencia de la "Xerencia Municipal de Urbanismo" del Ayuntamiento de Vigo para conocer de las actuaciones en materia de disciplina urbanística

Debe señalarse y de hecho no es objeto de controversia que la edificación en la que se ejecutaron las obras se emplaza de conformidad con el Plan Xeral de Ordenación Municipal de Vigo, dentro del ámbito del Puerto de Vigo, clasificado en esta norma urbanística como "Sistema Xeral Portuario", regulado por el Plan Especial del Puerto.

Así el ámbito de la ordenanza 11 la edificación que se pretende reformar se realizó dentro del proyecto do paseo marítimo y Jardín de Elduayen del arquitecto Guillermo Vazquez Consuegra.

En este apartado la sentencia excluye la competencia municipal para o conocimiento de las actuaciones en materia de disciplina urbanística que procedan este caso atendiendo a la naturaleza del espacio en el que fueron ejecutadas las obras litigiosas con base en el art. 155.1 da ley del suelo de Galicia interpretado con un criterio sistemático acudiendo a las definiciones contenidas en el Anexo I del Decreto 143/2016, do 22 de septiembre.

Dice este precepto (art.155.1) que: "1. A los actos de edificación y uso del suelo relacionados en el artículo 142 que se realicen sin el título habilitante exigible sobre terrenos calificados por el planeamiento urbanístico como zonas verdes, espacios libres públicos, viarios o en la zona de protección establecida en el artículo 92.1, dotaciones o equipamientos públicos no les será de aplicación la limitación de plazo que establece el artículo 153.



En estos supuestos la competencia para la protección de la legalidad urbanística corresponde a la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística”.

Así la sentencia recurrida razona en el Fundamento de derecho tercero lo siguiente: “Es cierto que el referido precepto anterior, 155, no contiene una previsión análoga, ni la dicción literal de este 156.2 LSG apunta a que sea predicable de los supuestos contemplados en el artículo anterior, no obstante, la interpretación sistemática de ambas normas permite comprender la existencia del título habilitante, en la medida en que se trata en ambos casos de supuestos en los que la competencia para protección de la legalidad urbanística recae exclusivamente en la APLU, lo que no solo quita, sino que impone a la autoridad municipal adoptar las medidas necesarias para la paralización de las obras, sin perjuicio de que paralelamente se le imponga el deber de dar inmediata cuenta de las mismas a la administración competente, APLU, algo de lo que no hay constancia que se hubiese producido, por lo que nuevamente la actuación municipal se encuentra viciada. Ya que la paralización de las obras no se ha adoptado sobre la base de ese 156.2 LSG, o supuesto análogo, desde el conocimiento de la carencia de competencia para la protección de la legalidad urbanística, sino en la errónea creencia de su tenencia y por ello, sin dar inmediata cuenta al órgano competente.”

En el presente caso lo que se pretende es pretende es la realización de obras por una empresa privada concesionaria del dominio público (cerramiento acristalado exterior de una edificación existente en el extremo oeste de los “Xardíns de Elduayen”) para dedicarlo a un local de ocio privado.

Para aceptar la propuesta de la sentencia tendríamos que encajar el supuesto de autos con las determinaciones del precepto al que se anuda el razonamiento del Juzgador, sin embargo en este caso no puede aplicarse dicho precepto no nos encontramos ante una zona verde ni tampoco en un espacio libre público, no es viario, dotación o equipamiento público ni tampoco protección de vías de circulación, por lo tanto es de aplicación la cláusula general atributiva de competencias de los Concellos prevista en el art. 12 de la ley del suelo de Galicia en materia de disciplina urbanística lo cual en el presente caso no ofrece duda alguna dado el supuesto concreto





al preceder el acto de licencia (23 de enero de 2017) por parte del Concello para cerramiento acristalado conforme a un proyecto técnico referido a dos locales de 48,30 metros y 18,75 m2 cuando lo ejecutado abarca 329 m2 de fábrica.

Entendemos a la vista de lo expuesto que tiene competencia la Concejalía de Urbanismo para la protección de la legalidad urbanística adoptadas respecto de obras ejecutadas en edificaciones situadas en el sistema general portuario del Concello de Vigo, realizadas por concesionarios de esas edificaciones, siendo relevante a estos efectos el elemento finalístico de dicha construcción que se dirige al ocio y por tanto sin relación con los usos portuarios pese a su enclave.

Por lo demás tiene competencia la concejalía de urbanismo para acordar la paralización de las obras promovidas por la entidad Flamingo, SL conforme a lo dispuesto en el artículo 152.1 LSG y 376 del Decreto 143/2016, de 22 de septiembre al comprobarse que se estaban a ejecutar obras sin licencia e sin ajustarse a lo autorizado.

El motivo debe de ser estimado.

4.- Tercer motivo de recurso: Valoración de la prueba practicada contenida en la Sentencia lo cual se enlaza con la pretensión de demanda contra la resolución recurrida en la instancia.

En este aspecto indicar que si bien la sentencia de instancia acoge como motivo principal la falta de competencia del Concello a mayor abundamiento realiza razonamientos en relación al fondo del litigio de ahí viene la impugnación concreta del Concello a estos argumentos.

Entrando en el resto de los motivos alegados en la instancia debemos comenzar aludiendo al acto recurrido.

El acto recurrido es la resolución de la X.M.U. de fecha 11/10/2017 que resuelve el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y declara:

a) Que la demandante (la mercantil Flamingo) llevo a cabo obras en la zona oeste de las Avenidas en el área portuaria central de la ciudad, sin licencia urbanístico y son incompatibles con el ordenamiento urbanístico aplicable.



b) Que procede su demolición y la reposición del lugar a su estado anterior, para lo que se le requiere la ejecución voluntaria a la actora, con las advertencias legales procedentes en caso de incumplimiento.

Respecto a las condiciones urbanísticas aplicables y que en informes de fechas 12/07/2012, 28/05/2013 y de 02/09/2015 el Concello comunica a la autoridad portuaria a los efectos de la concesión se hacía constar entre otros que "no se podrán aumentar la superficie de uso terciario de los locales construidos" "durante la vigencia de la concesión el titular... no podrá realizar ninguna modificación o ampliación de las obras sin la previa autorización de la autoridad portuaria... El incumplimiento de esta condición será causa de caducidad de la concesión"

La parte recurrente en la demanda admite la realización de obras sin licencia y otras sin ajustarse a la licencia, así en el exponendo primero refiere que: La recurrente ha llevado a cabo en el local situado en la calle Montero Ríos s/n, titularidad del Puerto de Vigo y objeto de concesión administrativa a la recurrente, una serie de obras e instalaciones, las cuales pueden clasificarse a los efectos del presente expediente, del modo siguiente: -Obras autorizadas por la preceptiva licencia, que se han ejecutado de conformidad con la licencia concedida. -Obras autorizadas en licencia, que se han realizado sin ajustarse estrictamente a la licencia. -Obras realizadas sin licencia.

Argumenta a este respecto la demandante como motivo de nulidad de la resolución la infracción del art. 152 de la Ley del suelo de Galicia.

Establece este precepto lo siguiente bajo el título: "Obras y usos sin título habilitante en curso de ejecución".

1. Cuando se estuviera realizando algún acto de uso del suelo o del subsuelo sin el título habilitante exigible en cada caso o sin ajustarse a las condiciones señaladas en el mismo, la persona titular de la alcaldía dispondrá la suspensión inmediata de dichos actos y procederá a incoar el expediente de reposición de la legalidad, comunicándolo al interesado.

2. Con el acuerdo de suspensión se adoptarán las medidas cautelares necesarias para garantizar la total interrupción de





la actividad, tales como el precintado de las obras, la retirada de materiales y maquinaria, la suspensión de suministros o la ejecución forzosa mediante la imposición de multas coercitivas por importe de 1.000 a 10.000 euros, reiterables hasta conseguir el cumplimiento de la orden de paralización, y cualquier otra medida que sea conveniente en pro de la efectividad de la suspensión.3. Instruido el expediente de reposición de la legalidad y previa audiencia del interesado, se adoptará alguno de los siguientes acuerdos: a) Si las obras no fueran legalizables por ser incompatibles con el ordenamiento urbanístico, se acordará su demolición y, en su caso, la reconstrucción de lo indebidamente demolido, a costa del interesado. Si los usos no fueran legalizables por ser incompatibles con el ordenamiento urbanístico, se acordará la cesación de los mismos. b) Si las obras o los usos pudieran ser legalizables por ser compatibles con el ordenamiento urbanístico, se requerirá al interesado para que en el plazo de tres meses presente la solicitud de la oportuna licencia o comunicación previa correspondiente, manteniéndose la suspensión de las obras y usos en tanto esta no fuera otorgada o no se presentase la comunicación previa. En caso de que se deniegue la licencia o no se cumplan los requisitos legales para la comunicación previa, se acordará la demolición de las obras a costa del interesado, procediéndose a impedir definitivamente los usos a que hubiesen dado lugar. c) Si las obras o los usos no se ajustasen a las condiciones señaladas en el título habilitante, se ordenará a la persona interesada que las ajuste en el plazo de tres meses, prorrogables por otros tres a petición de la misma, siempre que la complejidad técnica o envergadura de las obras que haya que realizar lo justifique. Si, transcurrido el plazo señalado, el obligado no hubiera ajustado las obras o los usos a las condiciones del título habilitante, se ordenará la demolición de las obras o la cesación de los usos a costa del interesado."

Entiende el recurrente que tal requerimiento es el requisito necesario y suficiente para ulteriores actuaciones administrativas. Así expuesta la cuestión jurídica, es meridianamente claro que la resolución notificada incumpliría tanto la letra b), como la letra c) del punto 3 del citado artículo 152.



Dicha alegación no puede prosperar ya que partiría de la presentación de una licencia de legalización o comunicación responsable como así les fue requerido en la resolución de fecha 25 de mayo de 2017 pero difícilmente puede acogerse si la parte omite dicho trámite (folios 28 y 44 del expediente administrativo).

Simplemente recordar que las obras afectan tanto al interior como al exterior del local extremo no negado de adverso.

En igual medida resulta contradictorio el cierre del espacio cuando la Memoria del proyecto del Arquitecto Vázquez Consuegra sobre la edificación en cuestión, de la cual fue promotor el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, indica lo siguiente: "Sobre estas dos piezas situaremos una gran cubierta que nos construya una especie de lonja, de gran espacio abierto y cubierto..." y más aún cuando la memoria del proyecto también define la edificación como pórtico de entrada a los jardines de Elduayen con lo que su cerramiento precisamente se constituye como un obstáculo.

La parte recurrente en su demanda refiere el incumplimiento de diferentes principios como el de legalidad al entender que las obras serían legalizables con un simple proyecto de legalización, los argumentos sostenido por la Gerencia de Urbanismo, sobre la especial protección que merece la edificación preexistente, amparándose en una interpretación subjetiva de la definición de D. Guillermo Vázquez Consuegra sobre su obra, se caen por su propio peso, por dos motivos; el primero, la propia autorización que Urbanismo ha otorgado para hacer un cierre de cristal esencialmente similar al ejecutado por esta parte (principios de la interdicción de la arbitrariedad, principio de objetividad y principio de proporcionalidad); el segundo, el hecho fácilmente constatable de que en multitud de ocasiones, tanto Zona Franca, como el Puerto de Vigo, como el Excelentísimo Ayuntamiento de Vigo, con el fin de solucionar problemas reales existentes, ha ejecutado multitud de actuaciones sobre el proyecto Abrir Vigo al Mar, así como específicamente en esta zona concreta a la que atañe este expediente, las cuales han modificado tanto la configuración como el espíritu del proyecto inicial (principio de igualdad)





ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

Ante esto es difícil de asumir por esta Sala la alegación de la vulneración de los principios citados cuando partimos de que lo ejecutado por la mercantil actora no se ajusta a lo solicitado y autorizado de hecho este extremo se reconoce expresamente que supone una construcción de 329 m2 de fábrica, con incidencia negativa en el acceso existente aparcamiento subterráneo de uso público y en la función de elemento de acceso e paso en el conjunto de la actuación con base a la memoria del proyecto y más cuando la concesión no permitía ese tipo de obras, de hecho la concesión de fecha 30/10/2015 se corresponde con la licencia de fecha 23/01/2017, vulneran el exceso de las obras ambos títulos demanial y urbanístico por la que la referencia a la legalidad por la recurrente es cuanto menos discutible, respecto al resto de los principios invocados resulta igualmente rechazable dado que la comparativa en obras de impacto visual como las realizadas por la recurrente sin licencia que la ampare o con exceso en la licencia concedida con las realizadas por el Concello ajustadas a los usos permitidos en relación a la reforma en el ámbito del proyecto "abrir Vigo ao mar".

Por parte del Juzgador de instancia ante estos argumentos valorando la prueba practicada en autos entiende que: "en todo caso de lo que hemos podido oír, de la testifical practicada, hemos de reconocer que el argumento repetido por el profesional municipal relativo a la permeabilidad visual de la edificación, resulta poco convincente o de peso insuficiente para decidir la ilegalizabilidad de las obras, sino se acompaña de otro de carácter normativo, como es el caso..." así advierte en cuanto a la naturaleza del pórtico está conforme el juzgador con el perito de la actora Sr. Cesar Álvarez cuando advierte que la naturaleza del pórtico de acceso , por lo que además de acristalado debería ser practicable y permanecer abierto durante el día , horario comercial y el libre acceso en todo momento, noche y día, al aparcamiento subterráneo respetando las exigencias derivadas de los requerimientos de seguridad, en particular de evacuación en caso de incendio.

Dicha valoración del Juzgador no la podemos compartir señalar, a estos efectos, que las diferencias existentes entre las partes que impiden la legalización se centran en el cerramiento efectuado y al concepto urbanístico del lugar, así



debemos convenir que para subsanar los excesos o incumplimiento respecto a la licencia no basta la presentación de un proyecto modificado ya que se debe ajustar a servir de pórtico de acceso a los "Xardíns das Avenidas" y este hecho es incompatible con el cerramiento del lugar, por mucho que se abra durante el día, pese a que, no se duda que pueda ser conveniente para evitar alteraciones de orden público en la noche, pero no debemos olvidar que este hecho es insuficiente para motivar la vulneración de la legalidad urbanística al desvirtuar la condición establecida en la Ordenanza de "Edificio de Pórtico de acceso aos Xardíns".

Señalar como así afirma la arquitecta municipal que la ampliación de la superficie cerrada convierte en uso comercial el uso principal de la edificación al superar la superficie de acceso a los jardines, cuando la antedicha ordenanza 11 solo permite en este ámbito usos comerciales y dotacionales como usos tolerados y por lo tanto y tal como se define en el art. 12 de las normas del Plan, usos complementarios.

Así en el ámbito de la ordenanza 11 comprende los espacios portuarios del área central de la Ciudad incluidos en el Convenio de Colaboración suscrito por el Concello, el Consorcio de la Zona Franca, la Junta del Puerto y Ría de Vigo para el desarrollo de una actuación urbanística concertada con el objetivo general de mejora de las condiciones de integración urbana de la zona de contacto Porto-Cidade dentro del proyecto del paseo marítimo y "Xardíns de Elduayen" del arquitecto Guillermo Vázquez Consuegra.

En igual medida subsisten y así se denuncia por la arquitecta municipal en referencia a los aparcamientos que afecta a los sistemas de acceso al aparcamiento y a los conductos de ventilación a los que se acerca una caja de vidrio, de ahí que ambos extremos que a su vez no se contradicen por el técnico aportado por la parte conforman que la resolución municipal no sea arbitraria.

El recurso de apelación, por tanto, debe de ser estimado manteniendo la resolución administrativa recurrida.

CUARTO.- *Costas.*

En atención a lo expuesto, pues, y en los términos indicados, a tenor de lo establecido en el artículo 139 LJCA





pese a la estimación del recurso y siendo dudosa en derecho la cuestión debatida en orden a la legalización no procede hacer especial imposición de costas en esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Concello de Vigo representado por la procuradora Sra. Begoña Millán Iribarren y asistido por el letrado Sra. María Isabel Fernández Gabriel contra la sentencia dictada *por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Vigo de fecha 23 de mayo de 2019 en procedimiento ordinario 417.2017 revocando la sentencia recurrida y confirmando la resolución administrativa recurrida en la instancia.*

SEGUNDO.- No procede hacer especial imposición de costas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndose les saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del TS o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia siempre que acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del art. 89 de la ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa.

Para admitir a trámite este recurso al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

Devuélvase los autos al juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación una vez firme la Sentencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00132/2019

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

Equipo/usuario: MG

N.I.G: 36057 45 3 2017 0000795
PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000417 /2017 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª: FLAMINGO VIGO S.L
Abogado: MIGUEL HINRICHS GALLEGO
Contra: CONCELLO DE VIGO
Procurador: MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

SENTENCIA nº 132/19

En Vigo, a 23 de mayo 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:

- “Flamingo Vigo, S.L.” representada y asistida por el letrado/a: Miguel Hinrichs Gallego, frente a:
- Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo representado por la procuradora María Jesús Nogueira Fos y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de diciembre del 2017 la representación procesal indicada en el encabezamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo, de 11 de octubre del 2017, recaída en el expediente PLU de actividad y obras, nº 19595/423, que, en sus dos primeros puntos, acordó:

Primero.- Declarar que las obras ejecutadas por la entidad mercantil “Flamingo Vigo, S.L.” en la edificación- pòrtico situada en el extremo oeste de los jardines de las Avenidas en la calle Montero Ríos, s/n, con referencia catastral 3467627 NG2736N, consistentes en: colocación de carpintería metálica fija en el perímetro, falso techo, instalación de aire acondicionado, construcción de paramentos exteriores e interiores de fábrica, tabiques tipo pladur, muretes interiores e instalaciones en cubierta (parte de los tabiques de fábrica construidos reducen las dimensiones del acceso a las escaleras y ascensores del aparcamiento de uso público), sobre una superficie aproximada de 329 m², realizadas sin la preceptiva licencia, son incompatibles con el ordenamiento urbanístico y, en consecuencia, impedir los usos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

a los que diesen lugar y ordenar a la referida entidad mercantil su demolición y la reposición de la edificación a su estado anterior a la ejecución de las referidas obras. Segundo.- Requerir a “Flamingo Vigo, S.L.” para que proceda voluntariamente a la demolición de dichas obras y, dado el carácter singular de la edificación sobre la que se realizaron, a la reconstrucción del estado anterior de la edificación en los términos del proyecto aprobado en el convenio de “Abrir Vigo ao mar”, al que se remite la ordenanza 11 del Plan especial del puerto de Vigo. Para tal fin, deberá presentar en este procedimiento, en el plazo máximo de tres meses, un proyecto técnico de demolición y reconstrucción del estado anterior al incumplimiento, emitido por técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente. Las obras deberán iniciarse en el plazo de un mes desde la presentación del proyecto y su finalización deberá acreditarse en el plazo máximo de tres meses desde su inicio, mediante la presentación ante esta Administración de un certificado final de obra. En caso de incumplimiento se procederá por este Concello a su ejecución forzosa, bien mediante ejecución subsidiaria por cuenta del interesado, bien mediante la imposición de multas coercitivas, reiterables mensualmente hasta lograr la ejecución por el sujeto obligado, en cuantía de 1.000 a 10.000 euros, cada una.”

SEGUNDO.- El 11 de diciembre del 2017 se resolvió la admisión a trámite del recurso y se requirió a la Administración recurrida la remisión del expediente; el 26 de diciembre del 2017 se personó la demandada y remitió el expediente que se puso de manifiesto al recurrente para que presentase su demanda.

El 6 de febrero del 2018 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, y con imposición de costas.

La defensa del Concello de Vigo contestó a la demanda el 14 de marzo del 2018 oponiéndose a las pretensiones actoras pidiendo que fueran todas desestimadas y se le impusieran las costas.

Por decreto de 21 de marzo 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).

TERCERO.- Por auto de 12 de abril del 2018, se admitió la prueba propuesta por ambas partes, y el juicio tuvo lugar el 12 de julio del 2018. En él se practicó la prueba testifical de Gustavo Mallo Caamaño, y la pericial de César Álvarez Arines, a instancia de la actora.

El 18 de octubre y el 12 de noviembre del 2018 las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 22 de enero del 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La primera cuestión que debemos abordar es la competencial, porque la actora ha impugnado la de la Xerencia municipal de urbanismo de Vigo, apuntando a la de la Axencia de protección da legalidade urbanística (en adelante, APLU), en virtud de lo dispuesto en el art. 155.1 de la LEY 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG).

Para ello hay que detenerse en la naturaleza del espacio en el que se han ejecutado las obras litigiosas, objeto del expediente de RLU nº 19595/423, que se ha incoado mediante resolución de 25 de mayo del 2017. Se identifica en ese acto como la



edificación-pórtico existente en el extremo oeste de los jardines de las Avenidas, en la calle Montero Ríos, de Vigo.

La demandada reconoce que la Autoridad portuaria de Vigo es la titular de la edificación preexistente, sabe que se emplaza en el ámbito del puerto de Vigo, clasificado como sistema general portuario, por lo tanto, suelo regulado según el plan especial del puerto, Ordenanza 11. Es bueno tener a la vista y por eso reproducimos ahora las condiciones urbanísticas que sujetan ese espacio y se plasmaron en la propia resolución municipal, de conclusión del expediente RLU; dice:

“El ámbito de la Ordenanza 11 comprende los espacios portuarios del borde marítimo del área central de la ciudad, incluidos en el convenio de colaboración suscrito por el Concello, el Consorcio de zona franca, el Autoridad portuaria, y con el visto bueno del director general de puertos, el 2 de noviembre de 1992, complementado por lo suscrito en fecha de 19 de mayo de 1993 por la Xunta de Galicia, la Autoridad portuaria, el Consorcio de zona franca y el municipio, para el desarrollo de una actuación urbanística concertada, con el objetivo general de mejorar las condiciones de integración urbana de la zona de contacto puerto- ciudad. Este ámbito se ha desarrollado mediante los proyectos constructivos concertados entre las distintas administraciones y organismos, respetándose los diferentes proyectos y programas, para cada subzona, contenidos en la actuación “Abrir Vigo ao mar”.

En el subámbito correspondiente a esta edificación, la Ordenanza 11 del plan especial del puerto (artículo 29 de las normas del plan especial), letra F, establece como autorizable una edificación que servirá de pórtico de acceso a los jardines de las Avenidas. Asimismo en esta edificación se tolerarán usos dotacionales y comerciales. Su superficie máxima será de 660 m² y su altura no excederá de 6,5 metros.”

La demandada sabe que sobre este espacio integrante del dominio público estatal, titularidad de la Autoridad portuaria, existe una concesión que permite su aprovechamiento por la demandante. A pesar de que en la contestación a la demanda se mostró ignorancia por su concreto contenido, gracias a la práctica de la prueba a instancia de la propia demandada, esos pormenores constan en los folios 225 y siguientes de autos. Sabemos que la concesión se le otorgó a la actora el 30 de octubre del 2015, con la finalidad de prestar servicios de hostelería a cuyo efecto, incluyó la autorización de la ejecución de unas obras en dicha edificación, que son las que han originado el expediente RLU. La concesión autorizó a la actora a ocupar una superficie de unos 350 m² aproximadamente. Llamativamente, la entidad titular del espacio, no ha comparecido a pesar de ser debidamente emplazada.

SEGUNDO.- Pues bien, acudimos ahora a la normativa que es de aplicación al caso y vamos al Anexo I del Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG), sobre definiciones. Y en las relativas a los usos del suelo, el apartado 3.4 define cómo dotacional aquel uso localizado en los sistemas de infraestructuras de comunicaciones, de espacios libres y zonas verdes, de equipamientos y de infraestructuras de redes de servicios, que comprende las instalaciones y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

Y si recogemos esta definición reglamentaria es para explicar que, en el presente caso, nos hallamos en presencia de lo que el art. 155.1 LSG enumera como terrenos calificados por el planeamiento como dotaciones o equipamientos públicos. Es decir, vimos que el espacio en el que radica la construcción sobre la que se ejecutaron las obras está clasificado como sistema general portuario, pero es que los sistemas generales, según la definición normativa del propio Anexo I del Reglamento



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de la Ley 2/2016, apartado 1 e), pueden ser variados, y entre sus clases figura el sistema general de equipamientos. Y esto es lo que es el puerto desde la perspectiva de la clasificación urbanística, un equipamiento general radicado en el dominio público estatal que desde la óptica de la calificación urbanística admite usos dotacionales, como al que está destinado el elemento litigioso. A su vez, el uso dotacional que puede estar localizado en los sistemas de equipamientos y que comprende las instalaciones y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, es compatible en este caso concreto, según los términos de la concesión de la que disfruta la actora, con un uso comercial, de hostelería, que se desarrollará sin perjuicio de la finalidad originaria de la construcción, que es la de servir de acceso a una ajardinada.

Y todo esto se expone para motivar que compartimos el argumento impugnatorio de la actora en cuanto al vicio competencial que compromete la actuación de la demandada, porque entendemos que nos hallamos ante actos de edificación y uso del suelo ejecutados sobre dotaciones o equipamientos públicos. El propio preámbulo de condiciones urbanísticas del espacio que la demandada presenta, en el que se recuerda el régimen concertado de actuaciones sobre ese suelo, en el que han intervenido diferentes administraciones, sirve para respaldar esta consideración y para excluir la competencia municipal para el conocimiento de las actuaciones de disciplina urbanística que procedan. En este sentido, debemos discrepar y discrepamos de la aseveración que por la demandada se hace en el punto 6 de sus conclusiones finales cuando dice, *“sen que no caso poida apreciarse elemento ningún de supramunicipalidate, nin territorial, nin da entidade do asunto (un local de ocio realmente).”* Pero pretender que el objeto del expediente RLU son unas obras ejecutadas en un local particular, o presentarlo como si de la construcción de un simple bar cafetería se tratase, en un espacio privado, es una visión distorsionada de la realidad. Sobre todo cuando uno de los argumentos que ha servido para apreciar la infracción urbanística supuestamente cometida es que las obras obstruyen el acceso al aparcamiento público situado en el subsuelo de los jardines de las Avenidas (ascensores y escaleras).

Precisamente, si acudimos al punto 6 de las conclusiones finales de la demandada vemos como no existen razones de peso que respalden su postura:

Se esgrime en primer lugar la competencia general municipal, pero frente a ella caben, existen excepciones, de manera que fácilmente cede este título sobre la norma especial del art. 155.1 LSG.

El hecho de que no se hubiese impugnado la competencia municipal en el trámite administrativo, aunque fuera cierto, tampoco es obstáculo para su denuncia jurisdiccionalmente, ex art. 56 LJCA, y para su apreciación si fuera procedente.

El punto relativo a las características del uso que se dice exclusivamente privado-hostelero de la edificación, además de resultar contradictorio con otros argumentos de la demandada (pues repetidamente se recuerda su finalidad de “acceso público”), no es del todo cierto por lo que se acaba de exponer, y porque si acudimos a la resolución impugnada, cuando se estudia la presunta infracción urbanística, se dice que el uso principal de la “edificación singular” objeto de este expediente se define en este contexto, precisamente, por su función principal de protección de una zona de paso, definida en el plan especial del puerto como “pórtico de entrada a los jardines de las Avenidas”. Y la existencia del instrumento concesional no hace



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

desaparecer la naturaleza pública del elemento que, como vimos, se integra en un sistema general de equipamiento con uso dotacional.

Por fin, se menciona un reciente pronunciamiento de este órgano jurisdiccional en el que ante unas obras presuntamente ilegales ejecutadas sobre un espacio que por el Concello de Vigo se sostenía que era un viario, se apreció la nulidad radical de la actuación administrativa por el mismo motivo que ahora, por comprender que desde la regulación del art. 155.1 LSG, nos hallábamos en el ámbito de la competencia material de la APLU. Y a partir de ahí, la demandada sostiene que, subsidiariamente, no nos hallaríamos ante una incompetencia material manifiesta, que es la que únicamente determina la nulidad radical del art. 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Sin embargo, discrepamos de este punto de vista porque la competencia material se posee, o no se posee y el tan manido precepto legal 155.1 LSG establece la distinción o distribución que sabemos, de manera nítida, sin matices o excepciones.

Jurisprudencialmente es conocida la diferencia entre supuestos de incompetencia material y funcional o jerárquica, predicándose solo respecto de los primeros el efecto de la nulidad de pleno Derecho, pero en el presente caso no nos encontramos ante una distribución jerárquica de la competencia.

Es decir, advertimos que la demandada para apreciar la necesidad de la reposición urbanística, para justificar su intervención disciplinaria, enfatiza sobre el uso que considera principal de la edificación como elemento público de acceso a otro espacio público. Y sin embargo, para afirmar su competencia y minimizar el impacto de las obras, orilla el anterior aspecto y se centra en que tiene una finalidad esencialmente privada y lucrativa, y este doble y contradictorio rasero interpretativo resulta arbitrario y por ello, inaceptable.

La demandada concluye calificando la interpretación que hasta aquí se ha motivado sobre la distribución competencial que se recoge en el art. 155.1 LSG, como excesiva y absurda, poniendo el ejemplo de las terrazas de hostelería que se despliegan sobre la vía pública, respecto del que entiende que resulta incuestionable la competencia municipal, a pesar de tratarse de un uso del suelo sobre un terreno calificado como viario.

Al respecto diremos que nuevamente la interpretación que realiza este juzgador de la norma, intenta ser cuidadosa con ella y así, desde un criterio sistemático, si acudimos a ese Anexo I del Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, vemos que su apartado 3.4ª a)1º, dentro de las clases de los usos dotacionales pomenorizados, contempla el viario que comprende las infraestructuras de transporte terrestre para cualquier modalidad de tránsito, como son las carreteras, los caminos, **las calles**, y los aparcamientos. Entonces, sobre el ejemplo que trae la demandada, solo queda reafirmarnos en que la competencia material para el conocimiento en materia de disciplina urbanística respecto de los actos de edificación y uso del suelo que se ejecuten sobre terrenos calificados como viario, es exclusivamente de la APLU, mientras no se modifique la redacción del actual art. 155.1 LSG. Y empeñarse en sostener lo contrario, podrá ser muy racional, e incluso práctico, pero no legal.



TERCERO.- Por fin, y siguiendo con las conclusiones finales de la demandada, en ellas termina apuntando la posibilidad de que desde el órgano jurisdiccional se emplace a la APLU, y sobre ello conviene apuntar primero que aun cuando el art. 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil (en adelante, LEC), nos permitiría esta opción, de nuevo la norma especial de aplicación debe ser la contenida en el art. 49 LJCA y el estadio procesal para hacerlo, el señalado en ese precepto. No obstante, y en segundo lugar, queremos decir que la solución al entuerto en el que se traduce el litigio no pasa por emplazamientos extemporáneos a terceros, sino por actuar dentro de las competencias propias.

Y hemos dejado para el final rebatir otro de los puntos que también se esgrimen por la demandada para sostener, siquiera parcialmente, su competencia, porque la afirma indiscutible respecto del acto que supuso la incoación del expediente RLU.

Desde luego, no sirve para sostener su validez desde la perspectiva competencial el extremo que se apunta de que hubiese sido consentido por la actora. Sin perjuicio de que no hay constancia de tal consentimiento, que no conocimiento, no deben confundirse los términos, sobra decir que desde la perspectiva impugnatoria no es un acto susceptible de ser recurrido jurisdiccionalmente, por mucho que sea el carácter cualificado que se le quiera otorgar, no deja de ser un acto de trámite que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino justamente lo contrario.

Como indicaba el pie de ese acto únicamente cabía impugnación jurisdiccional, por agotar la vía administrativa, el pronunciamiento contenido en el mismo consistente en la orden de paralización de las obras. Pero el aquietamiento de la actora no puede servir de soporte para afirmar la validez competencial de la resolución. Queremos decir, que si se carece de competencia material manifiesta para el conocimiento del asunto, la carencia no se limita a la resolución del procedimiento, sino a todo él en su conjunto, desde su incoación.

Ahora bien, podríamos aceptar la tesis de la demandada únicamente en cuanto a la validez competencial del pronunciamiento contenido en el acuerdo de incoación del expediente RLU, consistente en la orden de paralización de las obras, si consideramos la prevención del art. 156.2 LSG:

“La persona titular de la alcaldía adoptará las medidas necesarias para la paralización de las obras y actividades en ejecución, dando cuenta, en su caso, de forma inmediata a la persona titular de la consejería competente en materia de urbanismo.”

Es cierto que el referido precepto anterior, 155, no contiene una previsión análoga, ni la dicción literal de este 156.2 LSG apunta a que sea predicable de los supuestos contemplados en el artículo anterior, no obstante, la interpretación sistemática de ambas normas permite comprender la existencia del título habilitante, en la medida en que se trata en ambos casos de supuestos en los que la competencia para protección de la legalidad urbanística recae exclusivamente en la APLU, lo que no solo quita, sino que impone a la autoridad municipal adoptar las medidas necesarias para la paralización de las obras, sin perjuicio de que paralelamente se le imponga el deber de dar inmediata cuenta de las mismas a la administración competente, APLU, algo de lo que no hay constancia que se hubiese producido, por lo que nuevamente la actuación municipal se encuentra viciada. Ya que la paralización de las obras no se ha adoptado sobre la base de ese 156.2 LSG, o supuesto análogo, desde el conocimiento de la carencia de competencia para la protección de la legalidad urbanística, sino en la errónea creencia de su tenencia y por ello, sin dar inmediata cuenta al órgano competente.



CUARTO.- Expuesto lo que antecede que, de por sí supone la estimación de la demanda, no queremos con el anterior razonamiento esquivar el debate sobre el fondo, sobre los términos de la actuación urbanística.

La demanda comienza con una importante afirmación, la discusión del litigio es de naturaleza netamente jurídica, porque en síntesis, se aceptan los hechos reflejados en el expediente administrativo.

La segunda aseveración de la demanda no es menos importante y también debemos tenerla presente y es que la actora reconoce que ha ejecutado obras sin licencia y otras que se apartan de lo licenciado, que como es sabido ya el art. 209 LOUGA, y actual 152.1 LSG, equiparaba.

La primera discrepancia de la recurrente con la demandada es que unas y otras obras, las ejecutadas sin licencia y las que se han apartado de ésta, son susceptibles de legalización, mientras que la demanda no considera esta opción, y por ello ha ordenado su demolición y la reposición del elemento a su estado anterior a las obras, debido a su carácter singular.

Pues bien, en primer lugar debemos corregir a la actora cuando cuenta que la conclusión de la demandada sobre el carácter ilegalizable de las obras, carece de motivación, porque no es cierto, sin perjuicio de que sea o no, cierta y suficiente, es decir, correcta esa motivación.

La que se ha ofrecido y consta claramente en el momento de la incoación del expediente es doble y consiste en que por un lado, la edificación sobre la que se han ejecutado las obras admitía dos tipos de uso, uno principal que era de carácter dotacional, servir de protección al paso público, y otro complementario de naturaleza comercial, y las obras denunciadas, invierten los términos y convierten el uso comercial en primordial. Por otro lado, las obras ejecutadas transforman el elemento en un espacio cerrado, obstruyendo el libre acceso que existía al aparcamiento subterráneo. Y estas son las razones que se han ofrecido para rechazar la posibilidad de legalización de las obras sin licencia; entiendo que son formalmente suficientes, veremos ahora si se corresponden con la realidad.

Ambas partes coinciden en que, de acuerdo con la normativa de aplicación, plan especial de ordenación del puerto de Vigo, art. 29, Ordenanza 11 f), se autoriza una edificación que servirá de pórtico de acceso a los jardines de las Avenidas. Asimismo, en esta edificación se toleran usos dotacionales y comerciales. Su superficie máxima será de 660 m² y su altura no sobrepasará los 6,5 m.

Entonces, algo que nos llama la atención y creemos decisivo para la solución del litigio es que la norma no establece prioridad, o complementariedad, en cuanto a los usos permitidos, se sitúan en plano de igualdad, se toleran unos y otros, los dotacionales y los comerciales, sin el carácter accesorio que preconiza la demandada respecto de éste.

Y lo segundo en lo que nos fijamos es que a tenor de la información apuntada por la propia demandada, la obra ejecutada por la actora no comprometería la edificabilidad máxima permitida, ya que se imputa haber ejecutado una ampliación de 329m², pero se permite hasta el doble.

Opone también la demandada que la concesión habilitaba al uso solo de 260 m², pero puede verse que no es cierto, que habilita a la ocupación de unos 350 m² aproximadamente. De manera que no se advierte ni exceso de edificabilidad, ni alteración de los usos respecto de los posibles.

Veamos ahora los incumplimientos concretos que se le reprochan desde la demandada:

El informe del inspector urbanístico municipal que originó la incoación del expediente, señaló las siguientes cuestiones:

En la fachada sur existe un paramento vertical de fábrica de ladrillo revestido con mortero de cemento, en vez de la carpintería denominada como V6.



En el centro de la instalación se realizaron unos muretes de fábrica de ladrillo revestidos con mortero de cemento, formando un rectángulo de 4,6 por 4,8 metros y una altura de 1,1 metro.

Donde se reflejaba la carpintería denominada como V1 y parte de la V2 existe, en realidad, una estancia de unos 10 m² que no consta en los plan planos; dejando un pasillo de acceso para la entrada de los ascensores y escaleras del aparcamiento de 3,65 metros de largo y 1,2 de ancho; también tiene esta distancia el espacio existente entre la nueva pared y el inicio de las escaleras de acceso al aparcamiento.

Entre la barra y el aseo existe una estancia realizada con planchas tipo pladur, de unos 6 m² que no se recogen en el proyecto autorizado.

En la parte noreste y por detrás de aquel aseo existe otra superficie de unos 12 m², cerrada en parte con fábrica de ladrillo revestido con mortero de cemento y por otra, en vez de la carpintería denominada V8 y parte de la VC3. También existe un tabique de ladrillo revestido de unos dos metros de largo por 1,1 m de altura.

Se observan otras zonas donde la carpintería debería ser corrediza y parece que es fija.

Pues bien, a la vista de este informe, de mayo del 2017, el 25 de mayo del 2017 se dictó el acuerdo de incoación del expediente RLU, que ordenó la inmediata suspensión de las obras y su resolución señaló el carácter ilegal de las siguientes:

La colocación de carpintería metálica fija en el perímetro, falso techo, instalación de aire acondicionado, construcción de paramentos exteriores e interiores de fábrica, tabiques tipo pladur, muretes interiores e instalaciones en cubierta (parte de los tabiques de fábrica construidos reducen las dimensiones del acceso a las escaleras y ascensores del aparcamiento de uso público), folio nº 83 del expediente administrativo.

La demandada razona que no resultan legalizables porque no están amparadas por la licencia que se le concedió para el cierre acristalado exterior de la edificación, de 23 de enero del 2017, en el expediente nº 80105/421, ni en la comunicación previa de obras para el acondicionamiento del local para café-bar, tramitada en el expediente nº 88870/421.

Y la conclusión que extraemos discrepa de la expresada en la actuación impugnada porque, siendo cierta la existencia de obras realizadas sin licencia alguna, y otras que no se ajustan a sus términos, porque así lo reconoce la actora, no encontramos motivos normativos que impidan su legalización, por lo que con carácter previo a la orden de demolición, la Administración competente debió, debe requerir en esa dirección a la actora, a tenor de lo dispuesto en el art. 152.3 c) LSG.

La demandada opone que ya se hizo, como se refleja en el punto segundo de la parte dispositiva de la resolución impugnada (folio nº 86 del expediente administrativo), pero a su vista hemos de dar nuevamente la razón a la actora porque no se encuentra ese requerimiento para que en el plazo de tres meses, prorrogables, se ajusten las obras a las condiciones de la licencia otorgada. Lo que hay es un requerimiento para que las demuela y reconstruya las necesarias para volver a la situación anterior, concediéndole para ello el plazo de tres meses para la presentación del necesario proyecto técnico que las contemple. No es lo mismo.

La demandada, dejando al margen la cuestión competencial, ha procedido de la forma prevista en el art. 152.3 a) LSG, en lugar del cauce contemplado en el subapartado c) del mismo precepto.

No sabemos, como apunta la actora en sus conclusiones, si el testigo Gustavo Mallo Caamaño, arquitecto municipal informante del expediente, ha reconocido en el acto del juicio que alguna parte de las obras cuya demolición se ha ordenado, sería susceptible de legalización. No lo sabemos porque buena parte de su testifical ha resultado inútil debido a que no se ha grabado de forma audible, la práctica de su interrogatorio se ha trasladado al estrado, sin apoyo suficiente de micrófono y la



consecuencia es que no se escucha nada. Es otra de las muchas desventajas que tiene la práctica tan arraigada en este orden jurisdiccional de que se permita o consienta la excepción de lo dispuesto en el art. 194 LEC, y el juez que practique la prueba, no sea quien deba dictar la correspondiente sentencia.

En todo caso, de lo que hemos podido oír, de la testifical practicada, hemos de reconocer que el argumento repetido por el profesional municipal relativo a la permeabilidad visual de la edificación, resulta poco convincente o de peso insuficiente para decidir la ilegalizabilidad de las obras, sino no se acompaña de otro de carácter normativo, como es el caso.

En definitiva, la actuación urbanística ejecutada es susceptible de legalización si se realizan sobre ella las modificaciones necesarias para respetar las condiciones que se establecieron en el título habilitante y que se destacaban en el informe de la arquitecta municipal, previo a su concesión; el perito de la actora, César Álvarez, se ha referido en el acto del juicio a “modificados de obra”. De modo que el cierre perimetral de la construcción sea compatible con:

- Su naturaleza de pórtico de acceso, por lo que, además de acristalado debería ser practicable y permanecer abierto durante el día, horario comercial.
- El libre acceso en todo momento, noche y día, al aparcamiento subterráneo, respetando las exigencias derivadas de los requerimientos de seguridad, en particular, de evacuación en caso de incendio.

La cuestión del uso ya ha sido debidamente razonada, en cuanto a la inexistencia normativa de prioridad o prevalencia de uno sobre otro, se admiten ambos, dotacional y comercial, por igual, por lo que no se insistirá sobre ello y no se encuentra justificación objetiva para que no pueda ser aumentada la superficie destinada a uno u otro uso, respetando la edificabilidad máxima permitida, y los términos de la concesión que no establecen limitación alguna al respecto, más que autorizar la prestación del servicio de hostelería.

El informe pericial confeccionado por el arquitecto César Álvarez Arines, a instancia de la actora, justifica motivadamente, sin que hubiera sido contradicho por la demandada, el cumplimiento en general, de las obras ejecutadas de la normativa sectorial en materia de protección contra incendios y de accesibilidad, además de la genérica del PXOM 1993 y la específica Ordenanza 11 del plan especial del puerto (artículo 29, letra F).

Por todo, se anula y revoca la actuación impugnada, por su disconformidad a Derecho, de modo que la demanda se estima íntegramente.

QUINTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA se establece el principio de vencimiento objetivo, por lo que se impondrán a la demandada. No obstante el mismo precepto permite su limitación y según criterio mantenido por los juzgados de lo contencioso-administrativo de esta ciudad 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 500 euros.

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



FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Miguel Hinrichs Gallego, en nombre y representación de “Flamingo Vigo, S.L.”, frente al Concello de Vigo, y la resolución de la Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo, de 11 de octubre del 2017, recaída en el expediente PLU de actividad y obras, nº 19595/423, que por ser disconforme a Derecho, se anula y revoca.

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