



**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00003/2023

Recurso de Apelación n.º 4306/2022

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

En la ciudad de A Coruña, a 9 de enero de 2023.

En el recurso de apelación que con el n.º 4306/2022 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por el Procurador D. Emilio José Álvarez Pazos, en nombre y representación de D.

y D^a , Letrado

D. Carlos José Coladas-Guzmán Larraya; parte apelada Concello de Vigo (Pontevedra), Procuradora D^a. Begoña Alejandra Millán Iribarren, Letrado de su Asesoría Jurídica. Contra la Sentencia n.º 150/22, de fecha 25.05.22, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Vigo, en autos de recurso contencioso administrativo 252/2020.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se recurre en apelación contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vigo se dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: *“Que debo ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda formulada en nombre y representación de D. _____ y D^a _____*

, contra la resolución dictada por la XMU del Concello de Vigo, de fecha 7/07/2020, que desestima el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo del Consello de fecha 8/10/2015 dictado en el citado EA de Protección de la Legalidad Urbanística de referencia, que anulo, por estimarla no ajustada totalmente a derecho, dejando sin efecto la resolución del recurso de reposición formulado contra el acuerdo del Consello de 8/10/2015, en tanto no se resuelva el procedimiento de legalización de las obras de litis objeto del expediente 83898/4211, sin expresa imposición de las costas procesales”.

SEGUNDO.- Por la representación de la parte apelante se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que se tenga por interpuesto recurso de apelación contra la estimación parcial de la sentencia, acordando estimar el mismo y declarar la nulidad total de las resoluciones recurridas.

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

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron las partes; por providencia se declararon conclusas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 15 de diciembre de 2022.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- No se aceptan íntegramente los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.





SEGUNDO.- *Fundamentación jurídica del recurso de apelación.*

Con relación a la edificación litigiosa, se remite a lo que resulta del Registro de la Propiedad y Catastro que establece el año 1909 como año de construcción, reformadas las construcciones originales en la década de los años 60, con dos construcciones anexas -garaje y porche-. Solicitó licencia de obras menores de reforma, refiriéndose la arquitecta municipal a que se trata de obras de ampliación de planta baja y bajo cubierta. La incoación del expediente es de 6 de febrero de 2013. Se remite al informe que permite su legalización, siendo solicitada y cumpliendo con el PGOM de 2008 bajo cuya vigencia se solicita, anulado y reviviendo el PGOU de 1993, pasando a ser suelo de núcleo rural, no siendo permisibles las obras al estar la edificación adosada a un lindero y no cumple la parcela mínima. Se encuentra en tramitación el expediente de legalización. Ha de tenerse en cuenta la normativa provisional. La razón de la denegación de la licencia objeto de litis es ***“porque a parcela na que se atopa a edificación non cumpre coas determinacions do art. 6.2.13 do PXOM ao non estar garantido o dominio público da semirrúa, e xa que logo, non ten a consideración de solar. Por este motivo, a edificación está en situación de fóra de ordenanzas, de acordo co art. 2.7.22 das NNUU, situación na cual, en aplicación do art. 2.7.23 do PXOM, non é posible autorizar as obras so-licitadas”***. Haciendo aplicación del PGOM de 2008, declarado nulo. El recurso se resuelve haciendo aplicación del PGOU de 1993, en base al informe del arquitecto municipal de 4/06/2020, que dice: ***“...non queda acreditado que a parcela teña condición de soar (artigo 5.2.12), polo que está en situación de fóra de ordenanza 2.1.4 do vixente I.O.P. As obras de este expediente exceden das permitidas en situación de fóra de ordenanza recollidas no artigo 2.1.5, polo que non son legalizables”***, haciendo aplicación de la normativa provisional. Considera sobre el cambio de motivación. También se toma en consideración la denegación de la licencia de legalización, cuando la misma ha sido recurrida. No se le concedió audiencia al resolver el recurso de reposición ni se le puso de manifiesto el informe técnico municipal. Caducidad del expediente administrativo: la inspección es de 14 de mayo de 2009; nueva visita de 6 de febrero de 2013, (cuatro años más tarde), dictada ya en el expediente 15177/423, solicitando el arquitecto municipal nueva visita de inspección; el expediente 15177/423 ya estaba incoado



el 6 de febrero de 2013, siendo el dies a quo. Buena fe, confianza en la Administración respecto al cuerpo de 14 m2 y pórtico de 8 m2. Es de aplicación el artículo 209.3 LSG, sobre requerimiento de legalización. Se remite a los seis años de reposición de la legalidad y consta fotografía aérea en que figuran dichos cuerpos. Y sobre las obras permitidas en fuera de ordenanzas, Ley 2/2010 de modificación de la Ley 9/2002, de Ordenación Urbanística de Galicia (LOUGA), aplicable en la fecha de solicitud de la licencia, artículo 103, se permiten obras de mejora y reforma y obras parciales y circunstanciales de consolidación estructural y ampliación de la edificación, admitiéndose así en la normativa municipal, bajo la consideración de obras de rehabilitación, las que son objeto de litis, así como las de sustitución. Se ha aumentado el volumen al cambiar la cubierta, y son obras necesarias para dotar de habitabilidad al inmueble.

TERCERO.- Oposición a la apelación.

Comienza considerando que la sentencia asemeja más una medida cautelar al dejar sin efecto la resolución objeto de litis hasta la resolución del expediente de legalización. En el expediente 83898/421, de legalización, se dictó resolución de 10 de junio de 2022, de desestimación de la solicitud de legalización, pudiendo ser impugnada por el apelante. La sentencia valida la actuación municipal, existe la infracción, difiriendo sus consecuencias a la resolución del referido expediente. No se discute que son obras ilegales. No se critica la sentencia. No se concretan motivos de nulidad. Sobre la normativa aplicable es en el expediente de reposición de la legalidad donde ha de resolverse. Y sobre la caducidad, no transcurrió un año entre la incoación del expediente de legalidad y el dictado de la resolución finalizadora. Ni prescripción, no se acredita respecto de la fecha de finalización de las obras. Está fuera de lugar discutir lo que se permite en fuera de ordenación, y hubo un cambio de planeamiento durante la tramitación del expediente, habiendo de discutirse en el expediente de legalización, sin que en el objeto de litis -de reposición de la legalidad-, se pueda plantear la aplicación de una normativa que no estaba vigente. Por el contrario, en el expediente de legalización se resolverá conforme a la normativa vigente cuando se presente, con las excepciones de la normativa transitoria.





CUARTO.- Fondo del recurso: sobre el carácter ilegal de las obras llevadas a cabo.

Como se deduce de la lectura del recurso de apelación, la parte apelante considera sobre lo que entiende que son unas obras legalizables, en concreto sobre la posibilidad de legalización -este último extremo sobre el que ya cabe indicar que no constituye el objeto del presente recurso, existiendo un procedimiento administrativo autónomo con dicho objeto-. Y se deduce así por cuanto apela la sentencia, que realmente le es favorable por cuanto anula la resolución municipal recurrida, si bien tan solo para considerar que ha de esperarse a la resolución del expediente de legalización. No se discute que sean obras ilegales. Pero es la parte favorecida por el fallo, deduciéndose de la lectura de la sentencia que las obras son ilegales, pero como se ha hecho aplicación de una normativa provisional, se llega a la conclusión, por razones de prudencia, de que ha de esperarse a la resolución con que culmine el procedimiento de legalización, extremo este último que tal y como pone de manifiesto la defensa de la parte apelada, parece más propio de una medida cautelar, o incluso podría decirse de la ejecución de la sentencia, por cuanto como ya se ha expuesto, no constituye el objeto de recurso sobre que recae la sentencia apelada. No obstante lo cual, y atendida la circunstancia de que tan solo apela el particular, no formulándose adhesión por el Concello, no cabría la posibilidad de reformar el fallo de la sentencia apelada a través del pronunciamiento en apelación, que perjudicaría la situación del apelante, no siendo ello legalmente posible, por lo que el pronunciamiento de nulidad del acto municipal objeto de recurso en primera instancia, no puede ser revocado. Tampoco procede el análisis de la legalización, ya se ha expuesto que no es el objeto de recurso. Pero realmente y al remitirse a la posibilidad de que se puedan legalizar las obras, se estaría admitiendo implícitamente que son obras ilegales, también por la parte apelante.

Partimos así de que el objeto de recurso sobre que recae la sentencia apelada, viene constituido por resolución dictada en el expediente administrativo nº 15177/423 seguido en la XMU del Concello de Vigo, de fecha 7/07/2020, que desestima recurso de reposición contra Acuerdo del Consello de fecha 8/10/2015, por el que se declara que las obras ejecutadas en el Camiño



, consistentes en la ampliación de vivienda en 27 m2 de superficie construida en planta baja, repartidos en 5 m2 (zona de entrada), cuerpo de 14 m2 y pórtico de 8 m2; en la ampliación de 20 m2 de superficie construida en planta primera y en la construcción de bajo cubierta en una superficie de 70 m2; no son compatibles con el ordenamiento urbanístico, tal y como se puso de manifiesto en la desestimación de la licencia de legalización tramitada en el expediente 83898/4211, y por consecuencia, ordena su derribo. Acto que ha sido anulado en la sentencia, a la espera de lo que se resuelva en el expediente de legalización.

También se hace referencia a la posible **caducidad** del procedimiento administrativo, pero no transcurrió un año entre la incoación del expediente de legalidad y el dictado de la resolución finalizadora. La incoación del expediente 15177/423, es de fecha 27 de octubre de 2014, por lo que tanto por aplicación de la LOUGA como de la LSG, que disponen el mismo plazo de un año, se evidencia que siendo la resolución de 24 de septiembre de 2015 y notificada el 7 de octubre de 2015, dicho plazo no había transcurrido.

Y sobre la **caducidad de la acción de reposición** por el transcurso del plazo de seis años desde la total terminación de las obras sin adoptar medidas de restauración de la legalidad, teniendo en cuenta que el cómputo del plazo de seis años se produce acreditada la total terminación de las obras, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia apelada; no se acredita por la recurrente la total terminación de las obras a la fecha de incoación del expediente de reposición, atendidos los datos que constan del acta de inspección de fecha 15/01/2014, que reflejan que a dicha fecha el inmueble se encontraba en obras (las de un pórtico de 8 m2 y la ampliación de la planta baja en un cuerpo pegado de unos 14 m2).

A partir de lo expuesto, todo lo que se plantea es con referencia al **procedimiento de legalización**: informe de 30 de septiembre de 2014, del Arquitecto Municipal del servicio de infracciones urbanísticas y del informe-propuesta de la Técnica de la Administración Xeral del servicio de Disciplina Urbanística, en base al PGOM de 2008, se considera sobre la posibilidad de legalización, siendo rechazada la referida licencia, al entender que carece de la condición de solar. Frente a ello, el perito de la parte apelante considera que sí





podría ser solar llevando a cabo la cesión gratuita del suelo previsto para la ampliación del vial. Ha de tenerse además en cuenta la anulación del PGOM de 2008, pasando a ser considerado como núcleo rural el suelo en que se ubica la parcela, que tiene agotadas las posibilidades de edificación. Y el arquitecto municipal considera sobre la aplicación del Instrumento de Ordenación Provisional, por lo que entiende que la parcela no tiene la condición de solar. También se hace referencia al incumplimiento del retranqueo y de parcela mínima. Consideraciones todas ellas que no pueden ser analizadas en el presente recurso.

Por consecuencia de lo expuesto, y con las matizaciones referidas, el recurso de apelación ha de ser desestimado.

QUINTO.- Costas procesales.

No procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación, pese a ser desestimado, al introducirse algunas matizaciones en los razonamientos de la sentencia de instancia (artículo 139 de la LJCA).

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Emilio José Álvarez Pazos, en nombre y representación de D. J y D^a.
; contra la Sentencia n^o 150/22, de fecha 25 de febrero de 2022, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n^o 1 de Vigo, dictada en autos de recurso contencioso administrativo n.º 252/2020.

2) No hacer imposición del pago de las costas procesales.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.



Para admitir a trámite el 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.

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

Así se acuerda y firma.

Asinado por: DIAZ CASALES, JULIO CESAR
Data e hora: 16/01/2023 09:31:19

Asinado por: PARADA LOPEZ, JOSE ANTONIO
Data e hora: 12/01/2023 10:06:34

Asinado por: RECIO GONZALEZ, MARIA AZUCENA
Data e hora: 09/01/2023 16:47:10





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 VIGO

SENTENCIA N°: 00150/2022

-

Modelo: N11600
LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)
Teléfono: 986 81 74 40 Fax: 986 81 74 42

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000477
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000252 /2020 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: CARLOS JOSE COLADAS-GUZMAN LARRAYA
Procurador D./Dª: EMILIO JOSE ALVAREZ PAZOS
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado:
Procurador D./Dª MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

SENTENCIA N° 150/2022

En Vigo, a Veinticinco de Mayo de Dos Mil Veintidós.

VISTOS por mí, MARIA LUISA MAQUIEIRA PRIETO, Jueza sustituta del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Vigo, los presentes autos de recurso contencioso administrativo 252/2020 seguidos por los trámites del Procedimiento Ordinario, entre las partes, como recurrente **D.** y **Dª.**, representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Alvarez Pazos y defendidos por el Letrado Sr. Coladas-Guzmán Larraya y como recurrida **EL CONCELLO DE VIGO**, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Nogueira Fos y asistido por el Letrado de la Asesoría Xurídica del Concello, sobre expediente de reposición de la legalidad urbanística:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso en el plazo prefijado en la Ley Jurisdiccional se le dio el trámite procesal adecuado, acordándose reclamar el expediente administrativo a la Administración demandada.



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto el mismo a la parte recurrente, quien formuló escrito de demanda en base a los hechos y fundamentos jurídicos que constan en la misma, solicitando se dicte sentencia por la que con estimación del recurso contra la resolución de la Xerencia Municipal de Urbanismo del Concello de Vigo de 23 de julio de 2020 por la que se desestima el recurso de reposición contra el acuerdo del Consello de la XMU de 8/10/2015 dictada en el expediente 15177/423 respecto de las obras ejecutadas en Camiño Vigo, se anule y deje sin efecto las resoluciones recurridas por ser contrarias a derecho, con imposición de costas a la Administración demandada.

Por la Administración demandada se presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la recurrente, solicitando la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Por medio de Decreto de 18 de enero de 2021 se acordó fijar la cuantía del procedimiento en 32.000 euros.

Por auto de 28 de enero de 2021 se acordó declarar la pertinencia de la prueba propuesta que resultó admitida, y una vez practicada, se confirió traslado a las partes para el trámite de conclusiones escritas, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido todos los trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución dictada en el expediente administrativo nº 15177/423 seguido en la XMU del Concello de Vigo, de fecha **7/07/2020**, que desestima el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo del Consello de fecha **8/10/2015** dictado en el citado EA de



Protección de la Legalidad Urbanística, por el que se acordó:

"PRIMERO.- Desestimar las alegaciones presentadas por D. **con fecha 18/11/2014** contra la resolución de la Vicepresidenta de la XMU de fecha 27/10/2014, de acuerdo con los fundamentos jurídicos expuestos.

SEGUNDO.- Declarar que las obras ejecutadas en el **, con referencia catastral**

consistentes en la ampliación de vivienda en 27 m² de superficie construida en planta baja, repartidos en 5 m² (zona de entrada), cuerpo de 14 m² y pórtico de 8 m²; en la ampliación de 20 m² de superficie construida en planta primera y en la construcción de bajo cubierta en una superficie de 70 m², no son compatibles con el ordenamiento urbanístico, tal y como se puso de manifiesto en la desestimación de la licencia de legalización tramitada en el expediente 83898/4211, y en consecuencia, ordenar su derribo.

TERCERO.- Requerir a D. _____ y D^a _____ para que procedan voluntariamente a la demolición de dicha obras..."

Sobre los hechos en los que basa la actora su pretensión, se sostiene en la demanda que los recurrentes son los propietarios de inmueble descrito en el hecho primero de la demanda por título de compraventa otorgada el 16/07/2008, refiriendo que consta en el vuelo del año 2007 que el inmueble, cuya construcción original data de 1909, ya disponía de dos construcciones anexas, una al frente y otra en el lateral, que se corresponden con el garaje y porche. Se solicitó licencia de obras menores para la reforma de la vivienda en julio de 2008.

Se hace mención en los hechos, a la diligencia de la Arquitecta municipal para efectuar la inspección de la vivienda en agosto de 2008, realizada el 14/05/2009, y que dio origen al expediente objeto de litis, habiéndose notificado a los interesados el 2/11/2014 la resolución municipal de fecha 27/10/2014 por la que se acuerda incoar el expediente de restauración de la legalidad PLU de obras (423), si bien la actora considera que dicho expediente



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

estaba incoado al menos desde el 6/02/2013 (diligencia de la oficina de disciplina urbanística por la que el Arquitecto municipal solicita nueva visita de inspección que se efectúa el 15/01/2014).

Se alega que en la resolución de 27/10/2014 se hace constar el informe de inspección de enero de 2014 omitiendo el anterior de mayo de 2009, y se dice que las obras pueden ser legalizadas.

Sostiene la actora que por ello los interesados solicitan licencia de legalización que se tramita con el nº 83898/423 en el Concello, desarrollando en el hecho quinto de la demanda lo ocurrido en dicho EA de legalización de obras, manteniendo la recurrente que en el mismo se puso de manifiesto a la interesada que la nulidad del PXOM de 2008 determina la vigencia del PXOM de 1993, no estando resuelto por cambio de la normativa urbanística aplicable las alegaciones formuladas por la actora en dicho expediente contra la inicial desestimación de la licencia, no constando la resolución del recurso de reposición contra la misma; añadiendo asimismo, que no consta notificada en ninguno de los expedientes, la aplicación del Instrumento de Ordenación Provisional ni sus posibles consecuencias.

En el hecho sexto del escrito de demanda se indica que la resolución que resuelve el EA de reposición de la legalidad recoge como motivación del acuerdo, sobre la base de la desestimación de licencia de legalización tramitada en el expediente 83898/421, que la parcela en la que se encuentra la edificación no cumple con las determinaciones del art. 6.2.13 del PXOM, fundándose en la normativa urbanística del PXOM de 2008, mientras que la resolución desestimatoria del recurso de reposición se basa en el PGOU de 1993, pero el informe por el que se resuelve toma en consideración la normativa del IOP, entendiéndose que el informe del arquitecto municipal de 4/06/2020, por el que se desestima el recurso administrativo, constituye un acto que condiciona la resolución adoptada y genera indefensión a la recurrente.

Sobre los motivos de fondo:

Se alega que las resoluciones impugnadas se apartan de la de inicio del expediente en su fundamentación



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITZA

jurídica, respecto a la resolución definitiva del expediente 15177/423, siendo la propia Administración la que indica en la resolución de inicio del expediente, en fecha 27/10/2014, que las obras pueden ser legalizables, y en base a la normativa vigente en aquellas fechas (PXOM de 2008), por lo que se presentó la solicitud de licencia desestimada con un criterio distinto de interpretación al inicialmente aplicado en la resolución de inicio del Expediente de restauración de la legalidad.

Respecto al recurso de reposición, se rechaza el recurso en virtud de una normativa que no estaba vigente ni a la fecha de la resolución definitiva ni a la fecha de interposición del recurso de reposición.

Caducidad del expediente 15177/423: respecto al tiempo de inactividad superior a un año desde que la Administración disponía de todos los elementos necesarios para la incoación (desde el informe de fecha 14 de mayo de 2009 o desde el informe de 15 de enero de 2014), y la fecha en la que se concluye, el 24 de septiembre de 2015, notificada el 6/10/2015.

Pendencia del expediente de legalización de obras de ampliación 83898/421: se alega que no es admisible resolver el carácter ilegalizable de las obras ni ordenar su derribo hasta que se resuelva la solicitud de licencia de legalización que está en trámite (los actos posteriores de la administración municipal en dicho expediente, dando traslado de alegaciones de la nulidad del PXOM de 2008, solicitando la recurrente la aplicación del art. 40 de la LSG, determinan que el expediente de licencia de legalización está en trámite).

En atención a ello, se alega que, conforme al proyecto de legalización presentado, las obras ejecutadas son legalizables, siendo el motivo de desestimación que la parcela no alcanza la condición de solar, que se lograría con el cumplimiento de la obligación de cesión gratuita del suelo previsto para ampliación del vial, denegación recurrida en reposición pendiente de resolver. Caducidad de la acción respecto al cuerpo de 14 m² y al pórtico de 8 m²: se acredita la preexistencia de ambas construcciones en más de seis años desde que la



construcción está en condiciones de ser utilizada según su destino.

Carácter legalizable de las obras: la finca tiene la condición de solar según mantiene la recurrente.
Obras permitidas en fuera de ordenanzas: las obras realizadas por la recurrente encajan dentro de las obras permitidas bajo el concepto de rehabilitación o en su caso, en el concepto de obras de sustitución.

En resumen, se alegan como motivos de oposición por la actora: la nulidad de las resoluciones recurridas por reformatio in peius y alteración arbitraria de la motivación en fase de recurso; la caducidad del EA; la nulidad de las resoluciones por pendencia del expediente de solicitud de legalización de las obras de ampliación; y para el caso de ser rechazados los anteriores motivos, se sostiene que las obras son legalizables y la parcela cumple la condición de solar, sin perjuicio de que dicho pronunciamiento debe ser objeto de la resolución del expediente de legalización; respecto a las construcciones anejas, porche y garaje, habría prescrito la acción de reposición de la legalidad.

Por el Concello demandado, en su escrito de contestación a la demanda, se afirma que los hechos pueden resumirse en los siguientes:

La actora adquirió en su momento una edificación en un estado inhabitable que precisaba de rehabilitación (dentro de lo permisible por la normativa), a la que, sin título habilitante de licencia, ejecutaron unas obras que no resultan permisibles. Se sostiene que con base al planeamiento anterior no se puede formular alegaciones sobre posibilidades de legalización, por su anulación, que no es provisoria, por lo que es de aplicación el Plan de 1993, con las determinaciones del IOP. Las posibilidades de legalización de lo ejecutado son objeto de pronunciamiento en otro expediente que actualmente carece de resolución expresa (con informes desfavorables), pero el expediente de protección concluye igualmente en la declaración de las obras sin licencia y sin posibilidad de legalización.



Alega el Concello que la recurrente debió esperar a la resolución definitiva del expediente de disciplina urbanística, para conocer si existía alguna posibilidad de legalización, presentando a iniciativa propia un proyecto de legalización unos meses antes (13/02/2015) de que se anulase el Planeamiento de 2008. Con el planeamiento anteriormente vigente (de 2008) se informó desfavorablemente la posibilidad de legalización de las obras porque no tenían la condición de solar, y tras la anulación del Plan de 2008, las obras de ampliación recuperan la clasificación anterior de suelo en núcleo rural, 02.04. Gándara C, con las posibilidades agotadas. Se reitera que no es posible la legalización de las obras: no se cumplen las condiciones para que la parcela tenga la condición de solar, como se informa por el Técnico municipal el 4/06/2020 con base en el acta de alineación y rasante. Además de lo cual, se encuentra en situación de fuera de ordenación y las obras exceden de las permitidas en situación de fuera de ordenación.

Respecto a la caducidad del expediente, se remite a lo resuelto por el TS, Sala 3ª, Secc. 5ª en sentencia de 3/07/2014. Rec. 441/2012. Sobre la prescripción, es reiterada la doctrina jurisprudencial que exige a la parte demandante la acreditación de la terminación de las obras, cuestión que no se puede considerar probada.

En trámite de conclusiones ambas partes se ratificaron en sus posiciones.

SEGUNDO.- Expuestas las posturas de las partes en el presente litigio, sobre las cuestiones objeto de controversia, **se ha de partir de lo actuado en el expediente administrativo de reposición de la legalidad urbanística nº 15177/423,** que **se inició** en fecha **27/10/2014** por resolución de la Vicepresidenta de la XMU por la ejecución por los hoy recurrentes de obras presuntamente ilegales en el Camiño - obras sin licencia-, notificada a los interesados con fecha 12/11/2014, en cuyos antecedentes se indicaba que, con fechas 14/05/2009 y 15/01/2014 el inspector municipal informó sobre la ejecución de estas obras, con cita de los expedientes referenciados de la consulta informática de gestión de expedientes relacionados con la edificación



(punto 2 de los Antecedentes), del informe de 30/09/2014 del Arquitecto Municipal del servicio de infracciones urbanísticas y del informe-propuesta de la Técnica de la Administración Xeral del servicio de Disciplina Urbanística de inicio de procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, indicándose en la citada resolución de incoación del expediente de restauración de la legalidad, las condiciones urbanísticas (el PXOM de 16/05/2008 clasifica la parcela de referencia como suelo urbano consolidado y cualificada con la ordenanza 10 de edificación residencial exterior, grado 2º, plano 16-0); a la presunta infracción urbanística (Obras sin licencia de: -ampliación de 27 m2 de superficie construida en planta baja repartidos en 5 m2 (zona de entrada), cuerpo de 14 m2 y pórtico de 8 m2; ampliación de 20 m2 de superficie construida en planta primera; - construcción de bajo cubierta en una superficie de 70 m2), refiriendo textualmente que: "A la vista de la cartografía y fotografías aéreas, el cuerpo de 14 m2 de la planta baja construido acorado al lindante cumple uno de los supuestos establecidos en el art. 6.3.13. Teniendo en cuenta lo anterior y que las obras cumplen con la ordenanza de aplicación, las obras pueden ser legalizables."

Consta en el expediente el informe jurídico-propuesta de resolución definitiva del procedimiento de reposición de la legalidad urbanística, emitido el **30/09/2015** por el Técnico de la Administración Xeral Sr. Viturro Gómez (quien declaró en el acto de juicio), en el que hace referencia, entre los antecedentes del informe, a que el 18/11/2014 el interesado presentó en el registro Xeral de la XMU un escrito de alegaciones por el que se manifiesta que si las obras son legalizables debe otorgarse un plazo de tres meses para que presente la correspondiente solicitud de licencia o comunicación previa y que las obras cumplen lo dispuesto en el art. 6.3.13 del PXOM. En el apartado 4 de los Antecedentes del citado informe se refiere al expediente de licencia de legalización de obras 83898/421, en el que en fecha 24/09/2015 la Vicepresidenta de la XU dictó resolución por la que se acuerda desestimar, de conformidad con los informes que constan en el expediente, la solicitud de legalización de las obras de ampliación de la vivienda de litis porque la parcela no cumple las determinaciones del art. 6.3.13 del PXOM; resolviéndose en dicho informe-propuesta atendida la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

normativa de aplicación (el PXOM de 2008), declarar que las obras ejecutadas de ampliación de vivienda, como se puso de manifiesto en la desestimación de la licencia de legalización tramitada en el expediente 83898/421, no son compatibles con el ordenamiento urbanístico, informe que se reproduce en la resolución recurrida en vía administrativa.

Pues bien, partiendo de estos datos objetivos que se recogen en las anteriores resoluciones dictadas en el EA y de lo manifestado por la recurrente en su recurso de reposición contra la resolución de finalización del EA de fecha 8/10/2015, con referencia al proyecto de legalización (en base al PXOM 2008) presentado por la recurrente en el expediente de legalización referenciado anteriormente iniciado a solicitud de la interesada, en el que constan los informes técnicos y jurídicos del Concello desfavorables a la concesión de la legalización de las obras, habiendo ratificado en el juicio el Arquitecto que redactó el proyecto de legalización a instancia de la actora, el Sr. Zas, el contenido de dicho informe de legalización aportado en el citado expediente, manteniendo el perito que consideró que las obras eran legalizables porque la parcela está dentro de suelo urbano consolidado, ordenanza 10.2, y que la condición de solar se alcanzaría con el cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley (cesión gratuita del suelo previsto para la ampliación del vial), confirmando el Sr. Zas en la vista del juicio que tuvo en cuenta para sus valoraciones la aplicación del PXOM de 2008 vigente en aquel momento; mientras que el Acuerdo del Consello de Xerencia que desestima el recurso de reposición contra la resolución del expediente **se basa en especial en el informe del Arquitecto Municipal de fecha 4/06/2020**, emitido por el Sr. Mallo Camaño, quien también declaró en el acto de juicio y cuyas aseveraciones obrantes en la resolución impugnada, seguidamente se reproducen:

"1. CONDICIONES URBANISTICAS. CONDICION DE SOLAR.

Los terrenos en los que se emplazan las obras están incluidos en el ámbito del Instrumento de Ordenación Provisional I.O.P, clasificados como SUELO URBANO, CUALIFICADO CON LA ORDENANZA 10-EDIFICACION RESIDENCIAL EXTERIOR, como GRADO 2. PLANO 16-0.



A la vista de los datos disponibles e informe del Acta de Alineación y Rasante (expediente 15056/411) con las mismas alineaciones que en la actualidad, no queda acreditado que la parcela tenga condición de solar (art. 5.2.12) por lo que está en situación de fuera de ordenanza recogidas en el art. 2.1.5, por lo que no son legalizables.

2. De acuerdo con las condiciones urbanísticas de aplicación, no se modifican las conclusiones de la resolución de fecha 8/10/2015 en cuanto a la consideración de las obras no legalizables objeto de infracción."

Pues bien, a la vista de los anteriores informes técnicos y resoluciones dictadas en el expediente de reposición de referencia, sobre la normativa aplicable al caso, se hace constar que **el artículo 208.4 de la LOUGA, en vigor en la fecha de los hechos establecía** que: "Los hechos constatados por el personal funcionario de la inspección y vigilancia urbanística en el ejercicio de las competencias propias en materia de disciplina urbanística gozan de valor probatorio y presunción de veracidad, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derecho o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados."

Sobre la protección de la Legalidad Urbanística, el **artículo 209 y siguientes de la LOUGA**, regulaba el expediente de reposición de la legalidad urbanística, procediendo según lo dispuesto en los nº 3 a 7 del artículo 209 en los siguientes términos para las obras sin licencia (art. 210 de la LOUGA):

"1. Si se hubiesen finalizado las obras sin licencia o sin comunicación previa, o incumpliendo las condiciones señaladas en ellas o en la orden de ejecución, la persona titular de la alcaldía, dentro del plazo de seis años, a contar desde la total terminación de las obras, incoará expediente de reposición de la legalidad, procediendo según lo dispuesto en los números 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo anterior. Se tomará como fecha de finalización de las obras la que resulte de su efectiva comprobación por la Administración actuante, sin perjuicio de su



acreditación por cualquier otro medio de prueba válido en derecho.

2. Transcurrido el plazo de caducidad de seis años sin que se hubieran adoptado las medidas de restauración de la legalidad urbanística, quedarán incursas en la situación de fuera de ordenación y sujetas al régimen previsto en el artículo 103 de la presente ley.

En similares términos se regula actualmente la materia de la Protección de la Legalidad urbanística en la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia (Secc. 2ª Capít. III, artículos 152 a 156).

De conformidad con lo expuesto, y comenzando sobre la alegada **caducidad del expediente de reposición de la legalidad urbanística**, se estima que atendida la fecha de incoación del expediente de reposición de la legalidad urbanística y la fecha de finalización del mismo, el **8/10/2015**, no habría transcurrido el plazo de 1 año desde la fecha de su incoación (**4/11/2014**) y la notificación de la resolución definitiva al interesado (art. 209.4 de la LOUGA), por lo que no se estima que se hubiese producido la caducidad del expediente.

En relación a la **caducidad de la acción de reposición** por el transcurso del plazo de seis años desde la total terminación de las obras sin adoptar medidas de restauración de la legalidad, teniendo en cuenta que el cómputo del plazo de seis años se produce acreditada la total terminación de las obras, cuya prueba (según reiterada jurisprudencia) no corresponde a la Administración, sino a quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad con la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del "dies a quo". Así, el principio de la buena fe procesal (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) impide, como ya señalaban las SSTs de 14-5-1990, 16-5-1991 y 3-1-1992, que quien crea y mantiene una situación de ilegalidad "pueda obtener ventajas de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad" (STS de 25-2-1992).

El **artículo 56 del Reglamento de disciplina urbanística de Galicia de 1999**, determinaba lo que ha de entenderse por total terminación de las obras y cómo ha de



ADMINISTRACIÓN DE JUSTITIA

acreditarse, esto es: con el certificado de final de obra suscrito por el facultativo o facultativos competentes; en su defecto, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación o de la cédula de habitabilidad. A falta de los citados documentos, se tomará como fecha de terminación **la que resulte de cualquier comprobación de esta situación por parte de la Administración municipal.**

Al hilo de lo expuesto, en el caso de autos **no se acredita por la recurrente la total terminación de las obras a la fecha de incoación del expediente** de reposición, atendidos los datos que constan del acta de inspección de fecha 15/01/2014, que reflejan que a dicha fecha el inmueble se encontraba en obras (las de un pórtico de 8 m² y la ampliación de la planta baja en un cuerpo pegado de unos 14 m²), por lo que **no puede estimarse que el expediente se hubiese iniciado transcurridos más de 6 años desde la total terminación de las obras, y no habría caducado la acción de restauración de la legalidad urbanística**, conforme a lo establecido en igual sentido en el artículo 153 de la LSG 2016, que dispone en su apartado 1, que *si estuvieran acabadas las obras sin licencia, comunicación previa u orden de ejecución, o incumpliendo las condiciones señaladas en las mismas, la persona titular de la Alcaldía, dentro del plazo de seis años, a contar desde la total terminación de las obras, incoará expediente de reposición de la legalidad... Se tomará como fecha de terminación de las obras la que resulte de su efectiva comprobación por la administración actuante, sin perjuicio de su acreditación por cualquier otro medio de prueba válido en derecho.*

Apartado 2. *Transcurrido el plazo de caducidad de seis años sin que se hayan adoptado las medidas de restauración de la legalidad urbanística, quedarán sujetas al régimen previsto en el artículo 90 (incursas en situación de fuera de ordenación, al igual que disponía el artículo 210 de la LOUGA), todo ello en relación asimismo con el artículo 156 de la LSG de 2016.*

Por lo anterior no se acredita la caducidad de la acción de reposición de la legalidad ni la prescripción de la acción, partiendo de que no estamos ante un procedimiento sancionador y, sentado lo anterior, lo que **sí se constata del contenido del expediente es que las obras objeto del**



expediente de reposición de la legalidad, se han visto afectadas por la anulación del Plan Xeral de Ordenación Municipal del Concello de Vigo de 2008, declarado nulo por sentencia del TS de fecha 10.11.2015, recaída en el rec. de casación nº 1658/2014, por lo que el proyecto de legalización elaborado a instancia de la recurrente en el expediente de legalización en el que se han dictado informes técnicos municipales desfavorables a la concesión de la licencia de legalización de obras de ampliación, ha dejado de ser de aplicación desde su anulación judicial del PXOM de 2008 para resolver la legalización de las obras de ampliación, y como reconoce la recurrente, no siendo objeto de este expediente la licencia de legalización de las obras en el que se discute la condición de solar de la parcela conforme a la normativa urbanística de aplicación, y resultando que dicho pronunciamiento vinculará a este expediente de reposición de la legalidad urbanística, dado que si las obras no son legalizables procederá su demolición por ser incompatibles con el ordenamiento urbanístico, y toda vez que la resolución del recurso de reposición objeto de litis, tiene en cuenta la normativa del Instrumento de Ordenación Provisional aprobado por el Concello el 26.04.2019, ya que como se refiere en el acuerdo de aprobación definitiva del Instrumento de medidas provisionales de ordenación, de fecha 24/07/2019, **el PGOU de 1993 no se adapta a la legislación urbanística ahora vigente** (TRLRDU; LSG y reglamento de desarrollo), sin embargo lo anterior, como refirió el Técnico del Concello Sr. Viturro en la vista, hubiera sido más favorable no resolver el recurso esperando que en su caso pudieran legalizarse las obras, por lo que se concluye que tratándose de un instrumento provisional y no definitivo este IOP aprobado por el Pleno del Concello de Vigo, aplicado en la resolución del recurso de reposición, sin que la recurrente hubiese tenido oportunidad de alegar al respecto en este expediente de reposición de la legalidad, a diferencia de lo ocurrido en el expediente de legalización de las obras, en el que aunque los informes son desfavorables a la legalización de las obras, está pendiente de resolverse, por lo que dicho pronunciamiento será de especial interés para el presente expediente de reposición de legalidad, razones por las que conducen a estimar parcialmente el recurso, al considerar que la resolución que desestima el recurso de reposición no es



totalmente ajustada a derecho, al generar indefensión a la recurrente la aplicación del IOP, instrumento de medidas provisionales de ordenación urbanística que tiene una vigencia temporal limitada y que no consta que hubiese sido puesto en conocimiento de la recurrente en este concreto expediente, todo ello teniendo en cuenta la naturaleza revisora propia de esta jurisdicción, por lo que procede declarar la nulidad de la resolución que desestima el recurso de reposición, y estando pendiente de resolver el expediente de legalización que es base de la resolución de finalización del expediente de reposición de la legalidad urbanística objeto del pronunciamiento recurrido que declara que las obras no son compatibles con el ordenamiento urbanístico y las consecuencias previstas en el art. 209 de la LOUGA, razones por las que se estima parcialmente el recurso contencioso, dejando sin efecto la resolución impugnada en tanto no se resuelva el expediente de legalización de las obras, por razones de seguridad jurídica.

TERCERO.- Conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LJCA, atendida la parcial estimación de la demanda, no ha lugar a expresa imposición de las costas procesales de la instancia a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLO: Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente** la demanda formulada en nombre y representación de **D.**

y D^a. , contra la resolución dictada por la XMU del Concello de Vigo, de fecha **7/07/2020**, que desestima el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo del Consello de fecha **8/10/2015** dictado en el citado EA de Protección de la Legalidad Urbanística de referencia, que anulo, por estimarla no ajustada totalmente a derecho, dejando sin efecto la resolución del recurso de reposición formulado contra el acuerdo del Consello de 8/10/2015, en tanto no se resuelva el procedimiento de legalización de las obras de litis objeto del expediente 83898/4211, sin expresa imposición de las costas procesales.



Notifíquese la presente sentencia a las partes, con la advertencia de que la misma no es firme, pudiendo las partes interponer recurso de apelación en el plazo de quince días desde su notificación.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará por testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgando lo pronuncio y firmo D^a. MARIA LUISA MAQUIEIRA PRIETO, Jueza sustituta del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Vigo.



PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. D^a. MARIA LUISA MAQUIEIRA PRIETO, Juez sustituta que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.