



Roj: **STSJ GAL 6263/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:6263**

Id Cendoj: **15030330022019100547**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **15/11/2019**

Nº de Recurso: **4235/2018**

Nº de Resolución: **558/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00558/2019

RECURSO DE APELACIÓN 4235/2018

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES (Presidente)

DÑA. MARÍA AMALIA BOLAÑO PIÑEIRO

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 15 de noviembre de 2019

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso de apelación nº 4235 del año 2018 pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por D. Sebastián representado por el Procurador D. Juan Carlos Fernández Rodríguez y defendida por el Letrado D. Antonio Vázquez Portomeñe, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Lugo, nº 56/18, de fecha 6 de marzo 2018, en el procedimiento ordinario 259/2016, sobre reposición de la legalidad urbanística.

Es parte apelada la AXENCIA DE PROTECCIÓN DA LEGALIDADE URBANÍSTICA, representada y defendida por la Letrada de la Xunta de Galicia.

Es Ponente el Magistrado D. Antonio Martínez Quintanar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Lugo dictó la sentencia nº 56/18, de fecha 6 de marzo 2018, en el procedimiento ordinario 259/2016, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Dña. Margarita Figueroa Herrero, en nombre y representación de D. Sebastián, frente a la Axencia de protección da Legalidade urbanística, respecto de su resolución de 24 de octubre del 2016, desestimatoria del recurso de reposición presentado frente a la resolución del mismo órgano de fecha 17 de febrero del 2016, en el marco del expediente RLU nº LUG/62/2013-RP1, que declara conforme a Derecho. Con imposición de costas a la demandante con el límite de 500 euros por honorarios de abogado.



SEGUNDO: El Procurador D. Juan Carlos Fernández Rodríguez, en nombre y representación de D. Sebastián, interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando que se revoque y que se estime su recurso, con imposición de costas a la demandada.

TERCERO: El recurso de apelación fue admitido a trámite.

La representación procesal de la AXENCIA DE PROTECCIÓN DA LEGALIDADE URBANÍSTICA presentó escrito de oposición a la apelación, solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron ambas partes, se admitió el recurso de apelación y quedaron las actuaciones concluidas, pendientes de señalamiento para votación y fallo.

Mediante providencia se señaló el día 14 de noviembre de 2019 para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en apelación, en todo lo que no contradigan los que se pasan a exponer.

PRIMERO: Sobre el recurso de apelación.

La parte apelante alega la caducidad del plazo de reposición de la legalidad urbanística, aduciendo que la obra se terminó en el año 2000 y el expediente se incoa en el 2013. Ello se acredita por:

- Facturas del contratista que la erigió.
- Autorización del servicio de Vías y Obras de la Diputación Provincial para el suministro de aguas.
- Por la declaración testifical.

Y frente a esa prueba solo existen unas fotografías, no adveradas, y que reflejan el estado exterior de una edificación: se podrá hablar de feísmo, pero nunca de no terminación de la obra. Por ello considera que ha habido error en la apreciación de la prueba, lo suficientemente importante para motivar el presente recurso.

En segundo lugar, se alega la conculcación del principio de proporcionalidad. Se argumenta que la jurisprudencia, a la hora de determinar la normativa aplicable, distingue entre lo que califica futura e hipotética nueva previsión de ordenación urbanística de aquellos supuestos amparados en una modificación legislativa por quien tiene la competencia para ello.

Y no puede equipararse el presente supuesto a una actuación urbanística "futura e hipotética" cuando el Plan General de Ordenación Urbana está aprobado inicialmente y con todos los informes sectoriales favorables. Por ello, concluye que la resolución impugnada infringe el principio de proporcionalidad, dado que se derruiría algo que no solo sería legal dentro de poco tiempo, sino que normativamente ya lo sería a la fecha actual, pues el carácter definitivo de la modificación urbanística pende de actos formales o procedimentales y no de ninguna cuestión de fondo. Y al hilo de esta cuestión añade: el PXOM de Chantada, vigente desde 1985 prevé los núcleos rurales, si bien no los ha delimitado, que es lo que consume ahora, lo que además excluye cualquier dolo o mala fe en el administrado.

SEGUNDO: Sobre la oposición al recurso de apelación.

La Letrada de la Xunta de Galicia sostiene, con carácter previo, que del recurso de apelación no se deduce claramente cuál es el error o vicio en que ha incurrido la sentencia impugnada, limitándose a reproducir éste las mismas alegaciones que formuló en instancia, sin realizar una crítica concreta a la sentencia. La mera reiteración de las alegaciones manifestadas en su día supone la reproducción del debate procesal planteado en instancia, desnaturalizando el recurso de apelación.

En segundo lugar, alega que tal como concluye la sentencia de instancia a la vista de la prueba practicada, la obra no se encuentra terminada. Así los funcionarios de la subinspección que visitaron las obras objeto de la litis, calificaron las mismas como obras en ejecución. Así resulta igualmente del reportaje fotográfico adjunto al informe obrante a los folios 25 y ss. del archivo 1 informativo, donde puede apreciarse una edificación en construcción, en la que falta la colocación de las carpinterías, sin que pueda sostenerse que las obras ya están dispuestas para servir al fin a que han sido destinadas -uso residencial- y en condiciones de ser ocupadas, por lo que no pueden considerarse como terminadas. Dado que el plazo de 6 años computa desde la fecha de terminación de las obras, hallándose estas inacabadas, no puede estimarse siquiera iniciado el citado plazo.

En tercer lugar, no cabe apreciar la conculcación del principio de proporcionalidad, pues ante una construcción ilegal, como ha declarado en su reciente jurisprudencia el TS, así como esta Sala, sólo cabe la demolición. Y la aprobación futura del PGOU de Chantada no puede determinar la nulidad de la resolución recurrida, como



acertadamente motiva la sentencia de instancia. Como es sabido, el juicio de validez sobre una resolución administrativa debe efectuarse en atención a las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes al tiempo de dictarse, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, de forma que una modificación posterior de las mismas, aun cuando pudiese afectar a la ejecución de dicha resolución, en ningún caso podría determinar su nulidad o anulabilidad, que es lo que se solicita en el suplico de la demanda.

En este caso, como resulta del informe de la subinspección obrante al expediente administrativo (folios 25 y ss. del archivo informativo), así como del informe del arquitecto técnico municipal, (folio 48 y 49 del archivo 1 informativo), las parcelas donde se ubican las obras objeto de la resolución están clasificadas como suelo no urbanizable, al que, de conformidad con la DT Primera, apartado f) de la LOUGA, se le aplicaría íntegramente lo dispuesto en la misma para el suelo rústico. Y dado que la actuación a desarrollar consiste en la construcción de una edificación con tipología de vivienda unifamiliar y sin vinculación a explotación, constituye un uso prohibido en suelo rústico que no puede encuadrarse en ninguno de los usos permitidos en esta categoría de suelo, por lo que la resolución dictada es conforme a derecho.

TERCERO: Sobre la admisibilidad del recurso de apelación.

En primer lugar conviene advertir que reiteradamente se tiene establecido que siendo el objeto del recurso de apelación es la sentencia de instancia -por lo que se trata de depurar el resultado del proceso obtenido en la primera instancia-, resulta exigible que en el escrito de interposición del recurso de apelación se contenga una crítica de la sentencia recaída, ya que difícilmente se podría obtener su revocación en base a los mismos argumentos aducidos con anterioridad y que fueron rechazados en la misma. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones.

Ahora bien, tampoco cabe obviar que la desestimación en la instancia de los motivos del recurso conlleva su reiteración para no incurrir en desviación procesal y, por otra parte, que esa crítica ha de entenderse incorporada al recurso de apelación cuando en el mismo se cuestiona la valoración de la prueba en cuanto a la conclusión a la que se llegó sobre la fecha de terminación de las obras y cuando insiste en la aplicación del principio de proporcionalidad, en función de lo que considera como una modificación urbanística de carácter definitivo ya aprobada que pende de actos formales o procedimentales.

Por todo ello debemos analizar los dos motivos en que se sustenta el recurso de apelación.

CUARTO: Sobre el plazo para el ejercicio de la potestad de reposición de la legalidad urbanística.

Esta Sala de forma invariable viene manteniendo que con arreglo a las reglas de la carga de la prueba corresponde a quien alega el transcurso del plazo de 6 años para la incoación de los expedientes de reposición de la legalidad la carga de probar la terminación de las obras o, lo que es lo mismo, acreditar que las mismas se encontraban en estado de servir para la finalidad que le es propia, al menos, 6 años antes de la incoación del expediente.

Así se deriva de lo que disponía la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia y el Decreto 28/1999, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley del suelo de Galicia de disciplina urbanística, y actualmente la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia.

Conforme al artículo 210 de la LOUGA 9/2002:

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.

Esta misma regulación se mantiene en el vigente artículo 153 de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia.

En cuanto al desarrollo reglamentario, el vigente artículo 377 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, establece, como lo hacía el artículo 56 del Decreto 28/1999, que a los efectos del plazo para incoar el expediente de reposición de la legalidad, que comienza a computarse desde la total terminación de las obras, se considera que son obras totalmente terminadas aquellas que se encuentren dispuestas para servir al fin al que estuvieran destinadas y



en condiciones de ser ocupadas sin necesidad de obra complementaria de ningún tipo, cuando así lo reconozca la Administración actuante. 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 (artículo 153.1 de la LSG).

En el presente caso no se aprecia que se haya producido una errónea valoración de la prueba practicada, ya que el informe de 11 de noviembre del 2013 del arquitecto del servicio de urbanismo del Concello de Chantada (folio 24 y 48) del expediente informativo, y el informe de la Subinspección urbanística de la APLU correspondiente a visita de inspección de fecha 25 de septiembre de 2013 (folios 25 y siguientes), demuestran con evidencia fotográfica incontrovertible, que las obras de construcción no estaban totalmente terminadas a esa fecha, que es lo que apreció la sentencia. En ambos informes se indica que se trata de obras en curso de ejecución, y las fotografías demuestran de forma inequívoca la ausencia de elementos esenciales para poder considerar terminada la obra de construcción (carpinterías, revestimientos, etc.).

Debe precisarse que no basta para iniciar el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reposición de la legalidad la mera existencia de un determinado volumen edificatorio a una determinada fecha, sino que es precisa una prueba más completa sobre la total terminación de la construcción, sin necesidad de obra complementaria, y de su aptitud para el uso propio a que se la destina, por referencia a un momento temporal claramente definido.

El criterio para determinar cuándo una construcción está totalmente terminada no puede depender de la subjetividad del promotor o dueño de la obra, que la podría utilizar *de facto*, clandestinamente, aún cuando le falten elementos que sean exigibles con arreglo a la normativa técnica y urbanística de aplicación, debiendo considerarse que está totalmente terminada solo cuando se han ejecutado todas las obras exigibles técnicamente para poderla considerar como tal. El hecho de que falten obras de revestimiento, enfoscados y pintados, colocación de puertas, ventanas, etc., que son exigibles por normas de aplicación imperativa que establecen su obligatoriedad, impide considerar que la construcción actual pueda considerarse como obra terminada, con independencia de la fecha de adquisición de materiales de construcción o del suministro de aguas.

Así lo ha resuelto esta Sala en sentencias anteriores, en concreto, la Sentencia 1349/09, de 23 de diciembre de 2009, recurso 4394/2007, que valora la ausencia de revestimientos y pintados exigibles para considerar que una construcción anexa no estaba totalmente terminada la fecha de la inspección.

En atención a lo expuesto procede desestimar este motivo de impugnación de la sentencia, ya que al faltar la realización de obras esenciales, exigibles por normativa imperativa y que tienen carácter obligatorio, no puede considerarse que la edificación sea técnicamente una obra totalmente terminada en el momento al que se refieren los informes mencionados, por lo que en puridad ni si quiera se habría iniciado en esa fecha el plazo de caducidad de la acción de reposición de la legalidad, que no comienza desde que se ejecuta la última obra en una construcción, sino desde el momento en que ésta, en atención a sus características, puede considerarse totalmente terminada, por no precisar ninguna obra complementaria, lo que no es el caso, tal y como acertadamente valoró la sentencia a partir de una evidencia fotográfica que no deja dudas al respecto.

QUINTO: Sobre el principio de proporcionalidad.

La orden de demolición no puede ser contraria al principio de proporcionalidad, al ser el único medio previsto por el ordenamiento jurídico para restaurar la legalidad urbanística conculcada por la realización de obras de construcción de edificación en estado de ejecución con tipología de vivienda unifamiliar, sin vinculación a explotación agrícola o ganadera en suelo rústico, siendo un uso prohibido.

Carece de toda virtualidad el hecho de una aprobación provisional de una modificación del Plan General de Ordenación Municipal, conforme a la cual los terrenos pasarían a ser suelo de núcleo rural. Mientras no recaiga la aprobación definitiva, se publique y entre en vigor, no hay variación de la clasificación aplicable, y la validez de la resolución recurrida ha de ser enjuiciada en función de la normativa urbanística vigente en el momento en que se dictó, y con arreglo a esa normativa no se desvirtúa la procedencia de aplicar el régimen del suelo rústico y el carácter prohibido del uso residencial, y por tanto, que la única medida posible para restaurar la legalidad urbanística es la demolición, tal y como apreció acertadamente la sentencia de instancia, sin posibilidad de acudir a un medio menos gravoso.

En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida.

SEXTO: Sobre las costas procesales.



De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso, procede imponer las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1000 euros, por todos los conceptos.

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sebastián contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Lugo, nº 56/18, de fecha 6 de marzo 2018, en el procedimiento ordinario 259/2016, y **CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE** la sentencia recurrida en apelación.

Todo ello con la imposición de las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1000 euros, por todos los conceptos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia 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 artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

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 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.