



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

SENTENCIA: 00493/2016
Recurso de Apelación N° 4242/2016

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. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.

D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ

En la ciudad de A Coruña, a veintiocho de julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación que con el N° 4242/16 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por [REDACTED], representado por D.^a Carina Zubeldia Blein y dirigido por D.^a María Argiz Vallejo, contra la sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario N° 242/2015 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 2 de Vigo. Es apelado el Ayuntamiento de Vigo, representado y dirigido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 2 de Vigo se dictó con fecha 14-3-2016 sentencia en el Procedimiento Ordinario N° 242/2015 con la siguiente parte dispositiva: "FALLO Que debo **DESESTIMAR Y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo, presentado por D. [REDACTED] contra la Resolución de 13-2-2015 adoptada por el Consello de la Xerencia Municipal de Urbanismo del Concello de Vigo por medio de la cual se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado por el Sr. [REDACTED] contra el acuerdo del Consello de la XMU adoptado el 28-2-2014 en el expediente de reposición de la legalidad urbanística n° 16999/423, rectificado en fecha 27-3-2015, por resultar conforme a Derecho el acto recurrido, sin



perjuicio de la afectación de su eficacia en virtud de la sentencia del Tribunal Supremo de 10-11-2015 declaratoria de la nulidad del PXOM de Vigo de 2008, en los términos del fundamento de derecho segundo de esta sentencia. No se hace especial pronunciamiento en materia costas procesales.”

SEGUNDO: Por la parte actora se interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, en el que se solicitó que se dictase por esta Sala otra que la revocase y estimase las pretensiones de la demanda.

TERCERO: El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado de él a la Administración demandada, que presentó escrito de oposición.

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, ante ella se personó exclusivamente la parte apelante, representada por el procurador Sr. Guimaraens Martínez. Por providencia de 30-6-16 se señaló para votación y fallo el 14-7-16.

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

Es Ponente el Magistrado Sr. Méndez Barrera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida en aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO: En el primero de los fundamentos de derecho del escrito en el que la parte actora formaliza su recurso de apelación se sostiene que la anulación por el Tribunal Supremo, en varias sentencias, de la disposición que dio aprobación definitiva al PXOM 2008 de Vigo determina la anulación de las resoluciones aquí recurridas, tal como se desprende de lo establecido por el artículo 73 de la Ley jurisdiccional, pues se trata de actos de aplicación de dicho plan general que no alcanzaron firmeza al haber sido recurridos en vía jurisdiccional. Esta alegación no puede ser aceptada, pues existen aspectos de las resoluciones impugnadas cuya conformidad a derecho no depende de las concretas determinaciones de un planeamiento general, sino de lo dispuesto en la Ley 9/2002 (LOUGA). La realización de obras sin licencia o excediéndose de la licencia concedida, lo que indiscutiblemente se produjo en el caso enjuiciado, constituye una infracción urbanística, que da lugar a la reposición de la legalidad vulnerada y a la imposición de la sanción correspondiente. El Ayuntamiento de Vigo tramitó el procedimiento de reposición de la legalidad a que venía



obligado por el artículo 209 de la LOUGA, y lo concluyó con la decisión prevista en el apartado a) de su número 3. Puede discutirse si esa decisión, a la vista de la anulación del PXOM 2008, debe ser mantenida, o sustituida por las que se prevén en los otros dos apartados del mismo número, pero lo que no cabe es anular en su totalidad las resoluciones impugnadas como si no se hubiese cometido infracción urbanística alguna. También tiene que ser rechazado lo que se alega en el segundo de los fundamentos de derecho del recurso de apelación. Las obras de movimiento de tierras para modificar la rasante natural del terreno, y la construcción de muros de contención de las tierras, son obras imprescindibles para que la edificación pudiese tener la configuración que presenta, por lo que no pueden ser tratadas como algo independiente. Además, en cuanto a la prescripción de las obras de movimiento de tierras y muros de contención, la Administración incorpora a su resolución de 13-3-2015 una fotografía aérea obtenida el 27-6-2007 en que no aparecen realizadas esas actuaciones, y sobre esta prueba de carácter objetivo nada se dice en el recurso de apelación.

TERCERO: La circunstancia de que el PGOU 1993 haya recobrado su vigencia tras la anulación del PXOM 2008, y de que la licencia concedida para la construcción del edificio litigioso se otorgase a tenor de las determinaciones del primero, convierten en parcialmente contrarias a derecho las resoluciones impugnadas, pues de no haber sido sustituido el plan general de 1993 por el de 2008 la decisión del procedimiento tenía que haber sido la de ordenar al interesado el ajuste de las obras a la licencia concedida, prevista en el artículo 209.3.c) de la Ley jurisdiccional. Pero no la prevista en el apartado b) del mismo precepto respecto a las obras realizadas sin licencia, pues para el ajuste de la vivienda a la licencia concedida es necesario recuperar la rasante natural del terreno, que es la que figuraba en el proyecto, lo que es totalmente incompatible con la conservación de las obras que procedieron a su alteración. Por ello tanto el recurso de apelación como el contencioso-administrativo tienen que ser en parte acogidos, y anuladas las resoluciones impugnadas en cuanto ordenan al recurrente la demolición de su vivienda unifamiliar, orden que ha de ser sustituida por la de ajustar dicha edificación, en el plazo de tres meses, a las condiciones señaladas en la licencia concedida para su construcción. Este pronunciamiento hace innecesario, por razones obvias, el examen de la alegación de la parte apelante sobre la aplicación del principio de proporcionalidad.

CUARTO: No procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación al ser en parte estimado (artículo 139. 2 de la Ley jurisdiccional).

VISTOS los preceptos citados y demás disposiciones

de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S :

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por D. [REDACTED] contra la sentencia dictada con fecha 14-3-2016 en el Procedimiento Ordinario N° 242/2015 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 2 de Vigo, que en parte revocamos; y estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. [REDACTED] contra las resoluciones de la Xerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Vigo de 13-2-2015 y 28-2-2014, rectificadas el 27-3-2015, dictadas en el expediente de reposición de la legalidad urbanística n° 16999/423, las anulamos en cuanto ordenan al recurrente la demolición de su vivienda unifamiliar, orden que ha de ser sustituida por la de ajustar dicha edificación, en el plazo de tres meses, a las condiciones señaladas en la licencia concedida para su construcción. No se hace imposición de las costas de segunda instancia.

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.

Firme que sea la presente, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Ponente D. José Antonio Méndez Barrera al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.