



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

SENTENCIA: 00524/2020

Recurso de apelación número: 4197/2018

### 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<sup>a</sup>. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)**

**D. JOSE ANTONIO PARADA LÓPEZ**

**D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES**

En la ciudad de A Coruña, a 6 de octubre de 2020.

En el recurso de apelación que con el número 4197/2018 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup>. VICTORIA SOÑORA ÁLVAREZ, en nombre y representación de \_\_\_\_\_, asistido por el Letrado D. JUAN JOSÉ YARZA URQUIZA contra la Sentencia 53/2018 de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Vigo en el Procedimiento Ordinario 257/2017, por la que se desestimó el recurso contra la Resolución de 23 de junio de 2017 por la que se denegó la licencia de parcelación de la finca número \_\_\_\_\_ de la Isla de Toralla.

En el que es parte apelada el CONCELLO DE VIGO, representado por el Procurador D. JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO y defendida por el Letrado D. XESUS COSTAS ABREU.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- De la resolución recurrida.**

El objeto del presente recurso de apelación es la Sentencia 53/2018 de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Vigo en el Procedimiento Ordinario 257/2017, por la que se desestimó el recurso contra la Resolución de 23 de junio de 2017 por la que se denegó la



licencia de parcelación de la finca número        de la Isla de Toralla, en atención a que la parcela no reúne la condición de solar al no tener frente a un vial público.

**SEGUNDO.-** De los motivos del recurso de apelación esgrimidos por el apelante.

Por el recurrente se denuncia que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva, en tanto que no resuelve el motivo de anulación referente a la falta de motivación por la resolución recurrida en relación con los precedentes en los que el Ayuntamiento había otorgado licencias en el mismo ámbito, lo que entraña un cambio de criterio por parte de la administración que exige una motivación, denunciando que la sentencia se queda en resolver la invalidez del precedente por su ilegalidad, pero insiste en que lo que trata de hacer valer como motivo de nulidad o, subsidiariamente, de anulabilidad sin posibilidad de subsanación como es la falta de justificación del cambio de criterio exigible con arreglo al Art. 35.1 c) de la Ley 39/2015.

En segundo lugar aduce el recurrente que la sentencia incurre en error a la hora de apreciar la prueba, por las siguientes razones: **a)** el acto de alineación y rasantes no puede resultar determinante para la decisión jurisdiccional, ya que en todo caso ésta dejaría sin efecto la apreciación realizada en aquélla; **b)** tampoco la mención como camino en referencia a uno de sus linderos puede ser determinante, ya que cabe que ese camino sea público; **c)** tampoco resulta determinante la falta de calificación como público en el proyecto de segregación-parcelación; **d)** el uso público de los viales lo ostentan todos los integrantes de la urbanización, como ocurre en cualquier comunidad; **e)** el carácter originariamente privado de la urbanización no impide la recepción tácita del Concello como resulta de la prestación del servicio de recogida de basuras, el cobro individualizado del IBI o el devengo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; **f)** la totalidad de las parcelas del ámbito cuentan con alineación y rasantes, estando fijadas en el planeamiento de forma coincidente con la cara exterior de los cierres de las parcelas; **g)** la recepción de viales y zonas verdes no exige una concreción temporal, como parece imponer la sentencia, sino que se produjo a la largo del tiempo y en un proceso de consolidación, en el que los Planes Generales han venido reconociendo expresamente el carácter de Suelo Urbano Consolidado, señalando que la barrera constituye un elemento de seguridad y prevención cuyo mantenimiento permite el Concello; y **h)** finalmente señala que lo que hayan alegado terceros en diferentes procesos no deja de ser un desiderátum o instrumento





de defensa, pero resulta ajeno a la cuestión urbanística debatida en el presente procedimiento y no resultan extrapolables al mismo.



Señala que no puede considerarse la parcela como Suelo Urbano No Consolidado, como se señala en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en atención a que no se contempló ningún área de reparto en ningún instrumento urbanístico anterior; la parcela ostenta la condición de solar con arreglo a lo que dispone el Art. 16 de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia, en atención a la recepción tácita de la urbanización, tratándose de suelo urbano consolidado.

Para terminar mantiene que la aplicación de la vigente Ley del Suelo a una urbanización configurada y aprobada con arreglo a la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1.956, supone una aplicación retroactiva de las normas actuales, por lo que concluye que configurada la parcela conforme al Proyecto de Urbanización Isla de Toralla aprobado el 10 de octubre de 1.968 subsisten sus derechos edificables tal y como fueron configurados.

En atención a lo expuesto termina suplicando que se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso, se revoque la sentencia de instancia y se estime el recurso, con expresa imposición de costas a la administración.

**TERCERO.- De la oposición al recurso por el Ayuntamiento de Vigo.**

Por el Letrado Consistorial se advierte que en la tramitación del expediente de parcelación se advirtió que la parcela no da frente a vial público y en ningún expediente anterior se constata esta exigencia, aportando sentencias judiciales en las que se establece el carácter privado del viario de la Isla.

Señala que la sentencia desestima la totalidad de los motivos del recurso sin que incurra en incongruencia alguna, haciéndolo con una fundamentación clara, precisa y suficiente.

Indica que el puesto de control al final del puente, que impide el acceso a la Isla de quienes no tengan la condición de propietarios o invitados de éstos, es la prueba máxima del carácter no público del viario. Refiriendo que el hecho de que los viales sean privados no es un fenómeno natural sino que es el resultado de la decisión continuada de los propietarios de no ceder ni la titularidad ni su uso y vivir en un condominio cerrado al acceso del común de los ciudadanos, con reserva del



derecho de admisión que tiene consecuencias jurídicas en tanto se mantenga.

Por lo que termina interesando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

**CUARTO.- Señalamiento para votación y fallo.**

Por providencia de esta Sala se señaló el presente recurso de apelación para votación y fallo el 1 de octubre de 2020.

Ha sido ponente de la presente sentencia el Magistrado Julio César Díaz Casales.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Se aceptan** los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

**PRIMERO.- De la incongruencia omisiva.**

El recurrente denuncia que la sentencia incurre en incongruencia en atención a que no resolvió sobre la exigencia de una especial motivación de los actos administrativos que se apartan de los precedentemente dictados, que viene impuesta en el Art. 35.1 letra c) de la Ley 39/2015, indicando que el Concello ha venido concediendo licencias como la denegada en el mismo ámbito en el que la denegó en este caso.

En su recurso el recurrente no combate los razonamientos contenidos en la sentencia acerca de la exigencia de la legalidad del precedente para que resulte vinculante en las actuaciones sucesivas, centra la denuncia de la omisión en la falta de una motivación específica en el acto recurrido acerca de la falta de seguimiento del criterio mantenido en otras autorizaciones precedentes.

Con carácter previo a resolver esta cuestión es preciso recordar la doctrina jurisprudencial acerca de la exigencia de congruencia de las sentencias en relación con los motivos de impugnación, así en la St. de 26 de junio de 2020 (Recurso 4270/2019) señalamos lo siguiente:

*Comenzaremos por recordar la doctrina del T.S. sobre el deber de congruencia de las sentencias, en la St. de 29 de mayo de 2019 (Recurso 1617/2018) recuerda:*

*Debe recordarse, con cita en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2005 (rec. 3147/2000 ) que "... La congruencia es un requisito procesal de la sentencia, cuya inobservancia*





constituye, en todo caso, infracción de sus normas reguladoras, contenidas tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en adelante LEC/1881 (también en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante) como en la LJ (también en la LJCA) y puede alcanzar, incluso, dimensión o trascendencia constitucional en determinados casos en que constituye vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva residenciable en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Como señala la jurisprudencia de esta Sala la congruencia de la sentencia presupone la confrontación entre su parte dispositiva el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo (partes) y objetivo (petitum y causa de pedir). La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado ("petitum") como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento ("causa pretendi"). "Petición" y "causa", ambas conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial. Junto a esta noción general, precisan el alcance del requisito de la congruencia estas dos consideraciones: la congruencia procesal es compatible con el principio iura novit curia en la formulación por los Tribunales de sus razonamientos jurídicos; y la incongruencia es relevante, incluso, desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y del derecho de defensa constitucionalmente reconocidos ( art. 24.1 y 2 CE ) cuando como consecuencia de ella se produce una modificación de los términos del debate procesal, con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa.

Se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda "incongruencia omisiva o por defecto" como cuando resuelve ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas "incongruencia positiva o por exceso"; y, en fin, cuando se pronuncia extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas "incongruencia mixta o por desviación" (entre otras muchas, sentencia del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998 ).

El rechazo de la incongruencia ultra petita, por exceso cuando la sentencia da más de lo pedido, o extra petita, cuando el fallo cambia lo pedido, se encuentra también en la necesidad de respetar los principios dispositivo y de contradicción. Asimismo, la sentencia que silencia la respuesta a concretas peticiones de las partes o cuando su parte dispositiva se remite a lo expuesto en alguno de los fundamentos jurídicos, del que no se puede deducir claramente lo que determina o establece, al dejar imprejuzgada una cuestión objeto del litigio, incurre en incongruencia omisiva."

En el presente caso para el apelante la sentencia incurre en una incongruencia omisiva, porque habría dejado imprejuzgado uno de los motivos de impugnación, pero tampoco podemos desconocer que cabe la motivación por remisión e incluso una suerte de desestimación tácita de las pretensiones, así lo



declaró el T.S. con referencias a precedentes del T.C. en la St. de 29 de febrero de 2012 (Recurso 1563/2010) al afirmar:

*QUINTO.-Para resolver el primer motivo hemos de recordar que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones ( STC 36/2006, de 13 de febrero ).La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son solo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta explícita y pormenorizada de todas las cuestiones planteadas no sustanciales (STC 51/2010, de 4 de octubre, FJ 3º.), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 24/2010, 27 abril FJ 4º) en que no cabría la respuesta conjunta y global. E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero). No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio). Si se desatiende un aspecto con posible incidencia en el fallo puede darse lugar a una denegación de justicia (STC 24/2010, de 27 de abril, FJ4).Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:*

*a)Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (STS de 8 de julio de 2008, rec. casación 6217/2005, STS 25 de febrero de 2008, rec. casación 3541/2004, STS 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/2009), es decir la incongruencia omisiva o por defecto que conculca el art. 67 LJCA que obliga a decidir sobre todas las cuestiones controvertidas en el proceso; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 24 de mayo de 2010 , rec. casación 6182/2006, sentencia de 23 de diciembre de 2010 , rec. casación 4247/2006).*

*b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.*

*c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (STS 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000). Cabe, por ello, una respuesta global o*





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales. (...)"

Pues bien, aun siendo cierto que la Sentencia de instancia no dedica ningún fundamento a resolver la pretensión relativa a la falta de una motivación específica por apartamiento de los precedentes en la resolución denegatoria de la licencia de parcelación, del contenido de la sentencia y su atenta lectura resulta que el motivo ha de entenderse tácitamente desestimado habida cuenta de que la sentencia sienta de forma categórica la irrelevancia de los referidos precedentes al señalar:

*...el otorgamiento de licencias urbanísticas, y en particular la licencia de parcelación, es reglado, de tal forma que solo cabe su otorgamiento cuando concurren los requisitos reglados a los que se subordinan, con independencia de acuerdos anteriores que, con mayor o menor respeto al ordenamiento jurídico aplicable en cada momento, hayan otorgado o no licencias para parcelas en las mismas condiciones... (párrafo primero del fundamento jurídico tercero).*

Lo que equivale a reconocer los precedentes de los que se aparta la denegación recurrida no podrían variar el sentido del acuerdo recurrido, aunque ciertamente hubieran exigido un razonamiento explícito en el mismo ya que, como se dice en la sentencia es necesario que los precedentes se ajusten a la legalidad para que resulten vinculantes. Por lo que hemos de entender resuelto este argumento de manera implícita por el resto de la sentencia, lo que conlleva que haya de desestimarse este primer motivo del recurso.

**SEGUNDO.-** Sobre la aplicación retroactiva de la Ley 2/2016 del Suelo.

El recurrente refiere en su recurso que la parcela para la que se solicitó la licencia de parcelación procede de una urbanización aprobada por la Comisión Provincial de Arquitectura y Urbanismo el 10 de octubre de 1.968 conforme a las previsiones que contenía la Ley del Suelo de 1.956 que en su artículo 41.2 permitía la realización de urbanizaciones privadas.

En relación con esta cuestión es preciso advertir, en primer lugar, que en el escrito del recurso la referencia a la previsión de urbanizaciones de iniciativa privada en la Ley de 1956 no pasa de ser una mera invocación, pero lo cierto es que aquella Ley después de referir en su Exposición de Motivos los sistemas de ejecución de los planes, señalaba que la empresa urbanística podrá ser realizada por gestión pública o privada, pero ésta última estaba sometida, como no podía ser de otra forma, a la dirección y fiscalización pública. En cualquier caso en el Art. 41 establecía que en las urbanizaciones de



iniciativa privada habría de establecerse claramente tanto el modo de ejecución como los compromisos que asumía el ente urbanizador con la administración y con los futuros propietarios de los solares. Al establecer:

#### **Iniciativa y colaboración particular**

##### **Artículo cuarenta**

1.- Las personas privadas podrán formar Planes municipales, comarcales, especiales y proyectos de urbanización .  
2 Si hubieren obtenido la previa autorización del Ayuntamiento, les serán facilitados por los Organismos públicos cuantos elementos informativos precisaren para llevar a cabo la redacción, y podrán ejercer en fincas particulares las ocupaciones necesarias para la redacción del plan, con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa

##### **Artículo cuarenta y uno**

1.- Los Planes y proyectos redactados por particulares deberán contener los documentos que para cada clase indica el capítulo primero.

2.- Cuando se refieran a urbanizaciones particulares se habrán de consignar, además, los siguientes datos:

- a) Memoria justificativa de la necesidad o conveniencia de la urbanización.
  - b) Nombre, apellidos y dirección de los propietarios afectados.
  - c) Modo de ejecución de las obras de urbanización y previsión sobre la futura conservación de las mismas.
  - d) Compromisos que se hubieren de contraer entre el urbanizador y el Ayuntamiento, y entre aquél y los futuros propietarios de solares.
  - e) Garantías del exacto cumplimiento de dichos compromisos;
- y
- i) Medios económicos de toda índole.

##### **Artículo cuarenta y dos**

1. Los Planes y proyectos se elevarán al Ayuntamiento y serán tramitados conforme a lo previsto en la Sección cuarta, con citación personal para la información pública de los propietarios de los terrenos comprendidos en aquéllos.

2. Si afectaren a varios Municipios, se presentarán en la Comisión Provincial de Urbanismo y seguirán el procedimiento establecido para los Planes formados por dichos Organismos.

3. El acto de aprobación podrá imponer las condiciones, modalidades y plazos que fueren convenientes.

En el presente caso, como dijimos, la parte recurrente se limita a afirmar que la urbanización existente en la Illa de Toralla se debe a la iniciativa privada, pero silencia toda referencia a las posibles obligaciones contraídas entre la entidad urbanizadora y la administración municipal que podrían tener notoria incidencia en el presente recurso, ya que en





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION  
DE XUSTIZA

todos los sistemas de actuación se preveía la cesión de los terrenos libres de gravámenes (Art. 114 de la Ley de 1.956).

Pero para descartar que estemos en presencia de un supuesto de aplicación retroactiva de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia, hemos de comenzar por advertir que la previsión de la gestión privada de las obras de urbanización quedo sin efecto por la Ley de 2 de mayo de 1.975, por lo que la atención a aquellas previsiones supondría una ultra-actividad de una disposición legal expresamente derogada que resulta totalmente ajena a los principios básicos del derecho administrativo, ya que las peticiones de licencias han de resolverse con arreglo a la legislación y planeamiento vigentes al tiempo de su otorgamiento. Por lo que, habida cuenta de que la fecha de entrada de la solicitud de licencia de parcelación en el Ayuntamiento ha someterse a la legislación actualmente vigente en el momento de su petición, por disponerlo el Art. 357 del Reglamento de la Ley del Suelo, que viene dada por la Ley 2/2016 que exige que la parcela que se pretende parcelar con la finalidad de proceder a su edificación reúna la condición de solar, cuya ausencia motivó su denegación -a cuyo examen dedicaremos el siguiente fundamento- por lo que hemos de concluir que en modo alguno se produce la aplicación retroactiva de los requisitos exigidos en la vigente Ley del Suelo, por lo que se impone la desestimación de este motivo de impugnación.

**TERCERO.- Sobre la condición de solar de la parcela para la que se solicitó la licencia de parcelación.**

El recurrente no discute una afirmación que resulta crucial en la sentencia y que se contiene en el último párrafo del fundamento jurídico segundo, cual es que de la propia definición de la parcelación contenida en la Ley del Suelo, como la división de un terreno para proceder a su edificación (Art. 148 de la Ley 2/2016) se deriva que el terreno en cuestión ha de tener la condición de solar, entendido éste como aquella parcela que reúna las condiciones para proceder a su edificación (Art. 18 de la misma Ley).

Pues bien aceptada la referida premisa que, por otra parte, resulta impecable, el problema se trasladó a la determinación de sí el terreno en cuestión cumple la totalidad de los requisitos para ser considerado solar en los términos dispuestos por la legislación urbanística y es que el último artículo referido dispone lo siguiente:

*ARTÍCULO 18. SOLARES*



1. Tendrán la condición de solar las superficies de suelo urbano legalmente divididas y aptas para la edificación que cuenten con acceso por vía pública pavimentada y servicios urbanos de abastecimiento de agua potable, evacuación de aguas residuales a la red de saneamiento, suministro de energía eléctrica y alumbrado público, en condiciones de caudal y potencia adecuadas para los usos permitidos. Si existiera planeamiento, además de lo anterior, habrán de estar urbanizadas de acuerdo con las alineaciones y rasantes de todas las vías a las que den frente.

2. Los terrenos incluidos en el suelo urbano no consolidado y en el suelo urbanizable sólo podrán alcanzar la condición de solar previa ejecución del correspondiente planeamiento urbanístico, incluyendo las obras de urbanización exigibles para la conexión con los sistemas generales existentes y, en su caso, para su ampliación o refuerzo.

De los anteriores requisitos el recurso y la sentencia se centraron en la determinación del carácter del vial por el que tiene su acceso. Lo que resulta lógico ya que también fue el motivo de denegación de la licencia, al admitirse por todas las partes que la parcela cuenta con el resto de los servicios urbanísticos, esto es cuenta con agua, luz y saneamiento.

Así mientras que el recurrente centró sus esfuerzos en tratar de acreditar el carácter público del vial que da acceso a la parcela, la sentencia de instancia desgrana los elementos de prueba por los no se puede predicar del mismo tal carácter. El recurrente acreditó que el Ayuntamiento de Vigo presta los servicios de recogida de basuras y los inmuebles abonan un IBI individualizado por cada uno de los inmuebles que se construyeron en la Isla. Pero también resultó acreditado lo siguiente:

1º) En la propia escritura de compraventa aportada al expediente resulta que el recurrente se integra en la Comunidad de Propietarios del Centro Turístico Residencial Isla de Toralla en la que se recogen los estatutos y reglamento de régimen interior, en donde se establece el régimen de tránsito en la referida Isla, lo que evidencia que el referido tránsito está, por una parte, restringido a los miembros de la comunidad y, por otra, que la normativa que lo regula no está impuesta por administración pública alguna, lo que resulta revelador del carácter privado del vial al que la parcela da frente.

2º) Los servicios urbanísticos con los que cuenta la parcela son prestados por la Comunidad, ya que no consta acreditado que el Ayuntamiento se encargue del alumbrado, abastecimiento de agua, servicio de alcantarillado, ni de la conservación y mantenimiento de los viales, por lo que ni la canalización de los servicios por debajo de los viales ofrecen indicio alguno sobre la naturaleza pública de los mismos, sino



que, como resulta de la escritura otorgada el 18 de octubre de 1.970 es la Comunidad la que de facto actúa como propietaria y prestadora de los servicios a sus miembros.

3º) El acceso a la Isla está controlado por una barrera que impide el paso a los no autorizados, lo que evidencia la ausencia del carácter público del vial de acceso a la parcela que se pretendía dividir para proceder a su edificación.

Ciertamente en la sentencia de instancia se contiene la valoración de otros indicios para desvirtuar el carácter público del vial, tales como el informe emitido por la arquitecta en la diligencia de alineación, la referencia como camino en la escritura de compraventa, la parcialidad apreciada en los peritos de instancia al tratar de minimizar las consecuencias derivadas de la existencia del control de acceso, lo manifestado por otros propietarios en otros procesos judiciales -en atención a aportaciones realizadas por el Ayuntamiento de Vigo-. Pero entendemos que con las tres evidencias que consignamos queda constado el carácter privado del vial de forma difícilmente refutable, sin perjuicio de advertir que ciertamente las actuaciones precedentes en relación con otras edificaciones existentes en la Isla no repararon en esta circunstancia con la precisión que lo hizo en esta ocasión la resolución denegatoria de la licencia de parcelación.

CUARTO.- Sobre la irrelevancia de los documentos aportados por el recurrente con posterioridad a la admisión del recurso de apelación.

Una vez admitida la apelación el recurrente aportó un informe emitido por la arquitecta municipal el 26 de abril de 2018 en un expediente tramitado a instancia de la Universidad de Vigo para la ampliación de la Estación de Ciencias Marinas en el que se señala que el acceso a la parcela se realiza por un vial privado.

Pues bien, dado traslado al Ayuntamiento de la petición por su representación se aportó el informe propuesta desestimatorio de la solicitud y se señaló que la Universidad había desistido de la solicitud.

En cualquier caso, el informe no hace más que ahondar en una suerte de confusión en la que vino moviéndose el Ayuntamiento a la hora de otorgar licencias en un ámbito especial como la Isla de Toralla, pero en cualquier caso no puede alterar la conclusión alcanzada en el anterior fundamento sobre el carácter privado del vial y además no reúne las



condiciones para ser admitido como documento de aportación posterior con arreglo al Art. 271 de la LEC que limita esa posibilidad a las resoluciones y sentencias judiciales, naturaleza de la que evidentemente carece el informe aportado.

**QUINTO.- Costas.**

En la sentencia de instancia no se impusieron las costas en atención a las dudas de derecho que presenta la cuestión debatida.

Creemos que pese a que la sentencia de instancia contribuyó a despejar esas dudas, la cuestión merecía la interposición del recurso de apelación, dada la variabilidad de criterios seguidos por el Ayuntamiento a lo largo de los años, por lo que tampoco en esta alzada procede imponer las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS:** Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup>. VICTORIA SOÑORA ÁLVAREZ, en nombre y representación de \_\_\_\_\_, contra la Sentencia 53/2018 de 9 de abril, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Vigo en el Procedimiento Ordinario 257/2017, por la que se desestimó el recurso contra la Resolución de 23 de junio de 2017 por la que se denegó la licencia de parcelación de la finca número \_\_\_\_\_ de la Isla de Toralla, **CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE LA MISMA**, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de casación bien ante este Sala bien ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. que, conforme a lo dispuesto en el Art. 86 de la LRJCA, habrá de prepararse mediante escrito, que habrá de reunir las condiciones exigidas en el Art. 89.2 de la misma Ley, presentado ante esta Sala en el plazo de 30 días desde su notificación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia y archívese el presente rollo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Asinado por: PARADA LOPEZ, JOSE ANTONIO  
Data e hora: 13/10/2020 10:28:47

Asinado por: RECIO GONZALEZ, MARIA AZUCENA  
Data e hora: 09/10/2020 13:43:04

Asinado por: DIAZ CASALES, JULIO CESAR  
Data e hora: 08/10/2020 10:26:41





## JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 2 DE VIGO

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

Equipo/usuario: MG

**N.I.G:** 36057 45 3 2017 0000492  
**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000257 /2017 /  
**Sobre:** ADMON. LOCAL  
**De D/Dª:**  
**Abogado:** JUAN JOSE YARZA URQUIZA  
**Procurador D./Dª:** MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ  
**Contra D./Dª:** CONCELLO DE VIGO  
**Abogado:** LETRADO AYUNTAMIENTO  
**Procurador D./Dª:** MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

### PROCEDIMIENTO ORDINARIO 257/2017

#### SENTENCIA 53/18

Vigo, a 9 de abril de 2018

Vistos por mí, D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Vigo, los presentes autos de recurso contencioso-administrativo, seguidos ante este Juzgado bajo el número 257 del año 2017, a instancia de D. D.

como **parte recurrente** representada por la Procuradora Dña.

Victoria Sónora Álvarez y defendida por el Letrado D. Juan José Yarza Urquiza, frente al CONCELLO DE VIGO, como **parte recurrida**, representada por la Procuradora Dña. María Jesús Nogueira Fos y defendida por el Letrado de su Asesoría Jurídica D. Xesús Costas Abreu, contra la Resolución de 5 de abril de 2017 dictada por la Concelleira Delegada da Área de Urbanismo de la Xerencia de Urbanismo del Concello de Vigo, por la que se deniega al recurrente la solicitud de licencia de parcelación de la finca de la Isla de Toralla, y contra la Resolución de 23 de junio de 2017 de la misma Concelleira por la que se desestima el recurso de reposición deducido contra la anterior (expediente 89125/421).

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** La Procuradora Dña. Victoria Sónora Álvarez actuando en nombre y representación de D. mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, con fecha 27 de julio de 2017 presentó recurso contencioso-administrativo con arreglo a los trámites del procedimiento ordinario, contra la Resolución de 5 de abril de 2017 dictada por la Concelleira Delegada da Área de Urbanismo de la Xerencia de Urbanismo del Concello de Vigo, por la que se deniega al recurrente la solicitud de licencia de parcelación de la finca de la Isla de Toralla, y contra la Resolución de 23 de junio de 2017 de la misma

Concelleira por la que se desestima el recurso de reposición deducido contra la anterior (expediente 89125/421).

Mediante decreto se acordó admitir a trámite el recurso, reclamar el expediente administrativo, emplazar a la Administración demandada y requerirla para que notifique la resolución por la que se ordena la remisión del expediente a todos los interesados, emplazándoles para que puedan comparecer ante este Juzgado en el término de nueve días.

**SEGUNDO:** Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda dentro del plazo legal, lo que así hizo. Tras alegar los hechos y fundamentos de derecho correspondientes, termina solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o subsidiariamente la anulación de las Resoluciones recurridas, condenando al Concello demandado al otorgamiento de la licencia de parcelación solicitada por el demandante (expediente 89125/421). Todo ello con imposición de costas a la Administración demandada.

**TERCERO:** Dado traslado del escrito de demanda a la Administración demandada para que lo contestara, presentó escrito de contestación a la demanda solicitando la desestimación de lo pretendido en la demanda.

**CUARTO:** Por Decreto se acordó fijar la cuantía del recurso como indeterminada, y mediante auto recibir el procedimiento a prueba. Propuesta y practicada ésta, en los términos que constan en las actuaciones y tras el trámite de conclusiones, se declararon los autos conclusos para sentencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Sobre el acto recurrido y la pretensión de la parte demandante.**

El presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra la Resolución de 5 de abril de 2017 dictada por la Concelleira Delegada da Área de Urbanismo de la Xerencia de Urbanismo del Concello de Vigo, por la que se deniega al recurrente la solicitud de licencia de parcelación de la finca de la Isla de Toralla, y contra la Resolución de 23 de junio de 2017 de la misma Concelleira por la que se desestima el recurso de reposición deducido contra la anterior (expediente 89125/421).

La denegación de la licencia se basa en el informe de la arquitecta municipal de fecha 26 de octubre de 2016 en el que se afirma que la parcela no cuenta con frente a la vía pública puesto que su acceso se produce a través de un vial privado perteneciente a una Comunidad de Propietarios, por lo que habría que aplicarle lo dispuesto en la ley para suelo urbano no consolidado. Y continúa señalando que los terrenos objeto de este expediente no cuentan con la posibilidad de ceder por sí mismos los terrenos necesarios para contar con frente a vial público y adquirir la condición de solar.

La parte actora alega que el ámbito se encuentra completamente urbanizado desde el inicio y edificado previo otorgamiento de licencias de edificación, incluso concedidas algunas de ellas bajo la vigencia de la LOUGA 9/2002 –citada en el informe de la arquitecta municipal- y estando vigente el mismo Plan General. Los viales y las parcelas proceden de una parcelación proyectada y realizada



con plenos efectos jurídicos en el denominado "Proyecto de Urbanización de la Isla de Toralla" aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Arquitectura y Urbanismo de 10 de octubre de 1968, previa aprobación inicial del Pleno municipal celebrado el 26 de enero de 1968. Esta circunstancia explica que a juicio de la actora el tiempo transcurrido desde entonces ha creado y consolidado circunstancias con incidencia jurídica, determinantes de que, en todo caso, haya de entenderse producida tácitamente a favor del Concello de Vigo la cesión de los viales y las zonas verdes y libres, alcanzando la condición de solar al dar frente a dichos viales bajo la consideración de que son públicos.

A continuación la actora expone los hitos posteriores en el proceso de urbanización de la isla de Toralla ejecutado bajo la vigencia de la Ley de 12 de mayo de 1956 con el grado de urbanización exigido entonces por su artículo 63.3 y con todas las exigencias actuales para entender completa y consolidada la urbanización, sin necesidad siquiera de obras accesorias, recordando que el artículo 41.2 de aquella ley preveía la realización de urbanizaciones particulares.

En desarrollo del Proyecto de Urbanización y como parte integrante del mismo el Concello de Vigo concedió licencia de construcción del edificio Torre de Toralla el 24 de septiembre de 1969, y sucesivamente se concedieron licencias de edificación en 38 de las 41 parcelas en que se dividió el ámbito, restando sin edificar únicamente dos parcelas de viviendas unifamiliares, una de las cuales es la del ahora recurrente, razón por la cual considera que la denegación de la parcelación genera una discriminación y una situación que revela una patente contradicción jurídica en los fundamentos y la contravención manifiesta del carácter reglado de las licencias urbanísticas y la doctrina de los actos propios del Concello de Vigo.

Entre esos actos propios cita el acuerdo de 1 de febrero de 1974 de la Comisión Municipal Permanente afirmando que el terreno destinado en este ámbito a zona recreativa deportiva estaba dotado de los servicios urbanísticos a que se refiere el artículo 63.3 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana; el acuerdo de 24 de junio de 2004 por el que bajo el mismo régimen jurídico urbanístico que el actual (PGOU de 1993) le fue otorgada licencia de edificación a la Universidad de Vigo en zona de equipamiento en el mismo ámbito del Proyecto de Urbanización de la Isla de Toralla, por lo que es indudable que le fue reconocida la condición de solar a la parcela, al igual que a la totalidad de parcelas del ámbito. También cita la concesión de licencia de edificación de vivienda unifamiliar en parcela del mismo ámbito y misma Ordenanza 1.3.B por acuerdo de 22 de septiembre de 2003, u otras viviendas unifamiliares construidas en el mismo ámbito que incluso, por sus valores arquitectónicos, figuran en el Catálogo de bienes culturales unido al PXOM de 2008, Catálogo que el Concello considera vigente, por estar incorporado al Inventario General del Patrimonio Cultural de Galicia.

Finalmente se aduce que según el padrón fiscal de tasa por recogida de residuos sólidos urbanos de las viviendas de Isla de Toralla, estas tributan en dicho padrón desde la respectiva fecha de finalización, por lo que el Concello presta servicio municipal de basuras; y que la parcela objeto de litigio tributa por el Impuesto de Bienes Inmuebles y en el Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana se identifica como solar.

En la fundamentación jurídica se alegan como causas de nulidad o anulación la incongruencia y falta de motivación de la resolución, al apartarse del criterio seguido en actuaciones precedentes de una manera radical e inmotivada, incurriendo en arbitrariedad. También se alega la prohibición de

aplicación retroactiva de las normas, en relación con los derechos edificables de la parcela del recurrente, que considera nacidos en el denominado Proyecto de Urbanización Isla de Toralla aprobado el 10 de octubre de 1968, bajo la normativa contenida en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. Se finaliza alegando la condición de solar de la parcela del recurrente, conforme a la definición de la Ley del Suelo de 1956, atendiendo al grado de urbanización alcanzado, que excluye la necesidad de realizar la urbanización integral, considerando que se ha producido una cesión tácita de viales.

**SEGUNDO: Sobre el motivo de denegación de la licencia de parcelación y la exigibilidad de la condición de solar.**

Para centrar los términos de la controversia, hay que comenzar por señalar que el motivo de denegación de la licencia de parcelación se circunscribe a la ausencia de carácter público del vial al que da frente, lo que le impide alcanzar la condición de solar conforme al artículo 18 de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia.

No es preciso, por tanto, analizar el resto de requisitos integrantes de la condición de solar, conforme al precepto indicado, ya que no son objeto de discusión: se trata de un ámbito que fue objeto de un proyecto de urbanización efectivamente ejecutado, y que cuenta con los servicios urbanísticos que se describen en el informe pericial aportado y a los que también hizo referencia el arquitecto autor del proyecto de segregación de parcela del actor, extremos no negados por la Administración y que no son determinantes de la denegación de la licencia de parcelación, que no se basa en la ausencia de urbanización o en que la misma sea incompleta o insuficiente, ni siquiera en la ausencia de vial de acceso, sino en el carácter privado de ese vial existente y no controvertido.

Tampoco es objeto de discusión que la parcela está clasificada como suelo urbano por el planeamiento general aplicable y vigente de 1993. Atendida la fecha de aprobación del planeamiento y la clasificación urbanística de la parcela, resulta pertinente la toma en consideración de la Disposición Transitoria 1ª.2 de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia, para determinar el régimen jurídico aplicable, en los siguientes términos:

*2. El planeamiento aprobado definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley y no adaptado a la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, conservará su vigencia hasta su revisión o adaptación a la misma, conforme a las siguientes reglas:*

*a) Al suelo urbano que reúna las condiciones establecidas en el artículo 17.a) de la presente ley, se le aplicará lo dispuesto en la misma para el suelo urbano consolidado.*

*Al suelo urbano que reúna las condiciones establecidas en el artículo 17.b) de la presente ley, se le aplicará lo dispuesto en la misma para el suelo urbano no consolidado.*

Conforme al artículo 17.1 a) de la LSG el suelo urbano consolidado está integrado por los terrenos que reúnan la condición de solar o que, por su grado de urbanización efectiva y asumida por el planeamiento urbanístico, puedan adquirir dicha condición mediante obras accesorias y de escasa entidad que puedan ejecutarse de forma simultánea con las de edificación.

Conforme al artículo 17.1 b) de la LSG el suelo urbano no consolidado está, integrado por la restante superficie de suelo urbano y, en todo caso, por los terrenos que reúnan alguna de las siguientes condiciones que menciona el precepto.



Por otra parte, la condición de solar requiere no solo que la parcela cuente con los servicios urbanos de abastecimiento de agua potable, evacuación de aguas residuales a la red de saneamiento, suministro de energía eléctrica y alumbrado público, en condiciones de caudal y potencia adecuadas para los usos permitidos (extremo no valorado por el Concello para denegar la licencia de parcelación) sino que cuente con acceso por vía pública pavimentada (artículo 18 de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia).

La exigibilidad de la condición de solar para la autorización de la parcelación urbanística en suelo urbano se deriva de la propia definición de parcelación urbanística en el artículo 148 de la LSG 2/2016, que considera tal la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación. Esta vinculación con la edificación conduce necesariamente a la exigencia de que la parcela reúna la condición de solar, ya que en la definición de este concepto aparece como elemento caracterizador la aptitud para la edificación (artículo 18 de la Ley 2/2016) y el derecho a edificar lo tienen los propietarios de suelo urbano exclusivamente en los terrenos que tengan la condición de solar (artículo 19 de la Ley 2/2016, del Suelo de Galicia).

### **TERCERO: Sobre la motivación en el ejercicio de potestades regladas y el relativo valor del precedente administrativo.**

Como corolario de lo expuesto, cabe concluir que la desestimación de la licencia será conforme a derecho si se considera que el vial pavimentado que da acceso a la parcela es privado y será anulable en el caso de que se considere que dicho vial es público. En este juicio tiene un valor limitado el precedente que puedan constituir otras licencias urbanísticas otorgadas en el mismo ámbito. Algunas de ellas se han concedido bajo regímenes jurídicos distintos, no aplicables al presente caso, y respecto a las concedidas bajo la vigencia del mismo planeamiento general y de la LOUGA 9/2002 (que en este punto en su artículo 16 establecía el mismo requisito de acceso por vía pública pavimentada), tampoco cabe atribuir un valor vinculante a esos actos previos del Concello autorizatorios de construcciones en otras parcelas de la Isla de Toralla, puesto que como recuerda la propia demanda, el otorgamiento de licencias urbanísticas, y en particular licencia de parcelación, es reglado, de tal forma que solo cabe su otorgamiento cuando concurren los requisitos reglados a los que se subordinan, con independencia de acuerdos anteriores que, con mayor o menor respeto al ordenamiento jurídico aplicable en cada momento, hayan otorgado o no licencias para parcelas en las mismas condiciones.

El valor de los actos propios anteriores es mayor en el ejercicio de potestades discrecionales, donde la Administración tiene un margen de valoración, disponiendo de la posibilidad de optar entre varias alternativas válidas, lo que le permite ante una nueva solicitud cambiar el criterio previamente adoptado en asuntos similares, si bien para ello debe desplegar un esfuerzo motivador especial que justifique el cambio de criterio adoptado entre los varios por los que podía optar. Pero en el ejercicio de potestades regladas no hay esa libertad de elección de criterio, no hay margen de valoración, razón por la cual la motivación del acto tiene que referirse exclusivamente a la concurrencia o no en el caso del requisito reglado que condiciona el dictado de la resolución (en este caso una licencia), sin que tenga especial trascendencia el sentido de las resoluciones anteriores en que aplicó ese requisito reglado, ya que lo trascendente será la corrección jurídica de la aplicación en el último acto

sometido a enjuiciamiento, puesto que no hay margen de valoración administrativa y la norma jurídica tasa una única solución válida para el caso.

Aplicadas las anteriores consideraciones a la presente controversia, lo relevante debe ser enjuiciar si a la fecha de solicitud de la licencia el vial que le da acceso a la parcela tiene efectivamente carácter público o privado, con independencia de la consideración que, con mayor o menor acierto, se le haya otorgado en expedientes anteriores, cuyo valor a estos efectos no puede ser el de vincular al Concello en la decisión del otorgamiento de la licencia, viendo reducida su trascendencia al valor meramente probatorio respecto a las circunstancias fácticas caracterizadoras del vial que puedan aparecer en esos expedientes previos y que permitan aportar elementos de juicio relevantes para formar la convicción sobre el carácter público o privado del vial a la fecha de la solicitud de la licencia de parcelación.

Téngase en cuenta que el principio de igualdad solo es alegable dentro de la legalidad, no como argumento para la extensión de posibles ilegalidades previamente cometidas en actuaciones anteriores cuando se trata del ejercicio de potestades regladas.

En el sentido expuesto, sobre el escaso valor del precedente administrativo y por ende de la invocación de la teoría de los actos propios cuando se trata del ejercicio de potestades regladas, cabe citar **la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18/10/2007, nº resolución 1628/2007, nº recurso 395/2007**, que a su vez se remite a la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2.002, que señala que no constituyen precedentes vinculantes, las resoluciones administrativas, al margen de la legalidad o ilegalidad de su otorgamiento. En igual sentido cita la *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005*, que señala que *“los precedentes administrativos no vinculan a los Tribunales, porque la concesión o denegación de una marca no es actividad discrecional, sino reglada, en la que es prevalente el principio de legalidad.”*

Razona el Tribunal que *“no nos encontramos no ante un supuesto en que la administración actúe en contra de sus propios actos para lo cual como señala el recurrente habría que seguir la vía impugnatoria de la declaración previa de lesividad o revisión de oficio, puesto que el acto administrativo que nos ocupa la licencia denegada relativa al Piso NUM001 del Inmueble sito en la DIRECCION000 número NUM000, es distinto al acto que concedió la licencia en planta NUM002 de dicha edificación, esto es la resolución de fecha 29 de Junio de 2001, nos encontramos, en el ámbito del mero precedente administrativo en que la vinculación de la administración es relativa pues lo que no es admisible es que un acto previo viciado de nulidad, por haberse dictado influido por un error de hecho o de derecho extienda sus efectos a un acto nuevo, viciándolo con el mismo error.”*

En suma, y siguiendo la doctrina fijada por la *Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1996*, citada por la Sentencia del TSJ de Madrid parcialmente transcrita supra, la exteriorización por escrito de la causa del acto, especificando las razones que motivan el apartamiento del mismo respecto del criterio seguido en casos anteriores sólo resulta necesaria en el ejercicio de potestades discrecionales, que no se deben confundir con la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de potestades regladas, en las que no entra en juego el precedente administrativo.

Si la Administración dicta en el ejercicio de potestades regladas actos contrarios al ordenamiento Jurídico, los mismos no la vinculan para seguir produciendo actos ilegales, ni los



administrados pueden invocar a tal fin el artículo 14 de la Constitución , ya que sólo cabe la igualdad dentro de la legalidad. Así pues como quiera que una licencia como la examinada tiene una naturaleza rigurosamente reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable.

La finalidad del juicio revisorio sobre la conformidad a derecho de la licencia urbanística solicitada no alcanza la comparación con decisiones adoptadas en casos similares, sino que es verificar la conformidad del proyecto de reparcelación con el ordenamiento jurídico, específicamente en el extremo en que ha sido negada por la resolución desestimatoria de la licencia, y para esa denegación no se precisa una motivación distinta de la expresada en el acto recurrido, referida al concreto requisito que a juicio de la Administración falta para poder considerar como solar a la parcela y por ende para autorizar la licencia de parcelación, esto es, su división a fin de proceder a la edificación.

#### **CUARTO: Sobre la naturaleza privada del vial que da acceso a la parcela.**

La valoración conjunta de la prueba practicada no permite desvirtuar la apreciación técnica contenida en el informe de la Arquitecta Municipal de 26/10/2016 sobre el carácter privado del vial que da acceso a la parcela.

No es discutido que no hay acto expreso de cesión a la Administración municipal, y la cesión tácita que se alega en la demanda no se puede apreciar en este caso, ya que no hay prueba ni indicio de uso público y general (estando restringido a los propietarios de la parcela de la urbanización) sino prueba de pertenencia a la Comunidad de Propietarios, derivada del referido informe de la Arquitecta Municipal y de los elementos siguientes de corroboración:

1º. En el expediente de solicitud de licencia fue requerida al actor la aportación de copia del acta de alineación y rasantes (folio 23), ya que conforme indica la Arquitecta municipal, según los datos que constan en el Concello el vial al que da frente la parcela no consta como público, por lo que las parcelas resultantes no cumplirían las condiciones para poder ser edificables. En cumplimiento del requerimiento el actor aportó acta de alineación y rasante, cuyo informe señala que la parcela no cuenta con acceso público.

2º. En la escritura de compraventa de la parcela que constituye el título de propiedad del actor (folios 6 y siguientes) se indica que la finca descrita está integrada en la Comunidad de Propietarios denominada "Centro Turístico Residencial Isla de Toralla, constituida en escritura pública otorgada el 18 de diciembre de 1970 (...) donde aparecen los estatutos y Reglamento de Régimen Interior. Estos son los documentos que rigen el tránsito por el vial que da acceso a la parcela ubicada en la Isla, en cuya descripción no se hace figurar que linde con vial público, sino genéricamente con "camino". Preguntado el arquitecto Sr. Visier por la eventual existencia de títulos de propiedad de parcelas de la isla que describiesen alguna parcela como lindante con vía pública, manifestó no recordarlo.

3º. En el proyecto de segregación de parcela confeccionado por Visier Arquitectos S.L.P. se describe la parcela, pudiendo apreciarse su ubicación en el interior de la urbanización privada ejecutada al amparo del Proyecto de Urbanización de 1956 y su frente a un vial interior de la urbanización, vial que no se califica de público en dicho proyecto, siendo evidente por su

configuración en el interior de la urbanización que solo da servicio a las parcelas integrantes de la misma; además, por lo que se dirá, ese vial interior de la urbanización tampoco tiene acceso y conexión pública de uso general con ningún vial público.

4º. El informe pericial confeccionado por el Arquitecto D. Antonio de Cominges Carvallo, aportado con la demanda, tampoco permite inferir un uso público y general del vial que da frente a la parcela, al señalar que el tramo que da servicio a la misma solo da acceso rodado a dos parcelas, al solar aquí en cuestión y al situado en el fondo de saco del vial. Los demás accesos a las propiedades con las que limita son de acceso peatonal, teniendo éstas el acceso rodado por los viales interiores.

En los informes periciales se describen los viales que dan acceso tanto a la parcela del actor como a las demás parcelas de la urbanización. Aunque ciertamente se alude en los informes periciales a los servicios urbanísticos con que cuentan todas las parcelas, incluida la iluminación de los viales en las aceras y a los existentes en las canalizaciones situadas bajo los viales, nada se puede extraer de ellos sobre el carácter público de los viales, ni sobre la recepción expresa o tácita por el Concello y mucho menos sobre la apertura a un uso público y general. Obviamente, atendida la ubicación de los viales en la isla, se trata de servicios urbanísticos de los que se benefician exclusivamente los propietarios de la urbanización a la que sirven en exclusiva. Y además consta acreditado que la responsabilidad por el mantenimiento de dichos servicios urbanísticos privativos es de la propia Comunidad de Propietarios "Castro de Toralla", que agrupa a los titulares de las parcelas existentes en la isla, y no de la Administración municipal o de sus concesionarios. Basta a este respecto reparar en el folio 25 del expediente, en el que consta el certificado del Presidente de la Comunidad de Propietarios "Castro de Toralla" sobre la garantía por parte de dicha Comunidad (no del Concello) de la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento para la construcción de una vivienda unifamiliar en cada una de las parcelas de la urbanización, situadas en la isla y señaladas con el número 21 B y C, a las que se refiere la solicitud denegada por el Concello.

5º. Sobre el carácter originalmente privado de la totalidad de la urbanización, incluidos los viales interiores de la isla que dan acceso a las parcelas, pocas dudas cabe albergar, leyendo la propia demanda, en la que se explica que los viales y las parcelas resultantes proceden de Proyecto de Urbanización de la Isla, aprobado en fecha 10 de octubre de 1968, al amparo del artículo 41 de la Ley del Suelo de 1956 que se refería expresamente a las urbanizaciones privadas en las que los viales no tenían que tener la condición de públicos, no exigiéndose por aquella normativa en su artículo 63 que el terreno contase con acceso público, bastando la calzada pavimentada.

6º. En el Plan General vigente de 1993 no hay alineaciones viarias en la Isla de Toralla, ni tampoco se fija la sección del viario de la isla. Consta al folio 48 del expediente que todo el proyecto de urbanización de la Isla "no está afectado por alineación alguna aprobada".

7º. Ante la ausencia de un uso público y general, estando restringido a los propietarios de la urbanización en la que se incluyen los viales, se desconoce en qué momento se ha podido producir una recepción tácita de tales viales por el Concello y cuál sería la finalidad de esa recepción, al no



estar destinados al tránsito público y general (ninguna prueba de ese uso público y general se ha aportado). Y frente a ese dato no probado, sí se prueba un mantenimiento en el tiempo de la condición de vial privado, evidenciada con documental aportada por la propia demandante, consistente en el Proyecto de reparación de la urbanización del Castro de Toralla, encargado por la propia Comunidad de Vecinos del Castro de Toralla. Ese proyecto data de 1989, y el mismo evidencia el carácter privado del vial, siendo la propia Comunidad propietaria de los mismos quien lo encarga para, entre otros trabajos de reparación de la urbanización privada (red de alcantarillado, red de abastecimiento de agua, red de baja tensión, red de telefonía urbana, red de alumbrado público...), realizar obras de explanación y pavimentado. Ello demuestra que la parcela del actor está integrada en un ámbito con todos los servicios urbanísticos, pero con la particularidad de que todos esos servicios urbanísticos son de la responsabilidad de la propia Comunidad de Propietarios que se beneficia en exclusiva de los mismos (por la peculiar ubicación de la urbanización en una isla) y no de la Administración municipal, que no consta que se encargue, ni antes ni ahora, del alumbrado de la urbanización, del abastecimiento de agua, del alcantarillado, ni por su supuesto de los viales, ni de su reparación o mantenimiento, ni de la regulación de las condiciones del tránsito privado realizado a través de los mismos.

Las aclaraciones en el acto de la vista al informe pericial del arquitecto D. Antonio de Cominges corroboraron que estos servicios urbanísticos, aún a fecha de hoy, siguen siendo de la titularidad y responsabilidad de la Comunidad de Propietarios de la urbanización privada, que son quienes los costean (por ejemplo, el sistema de depuración de aguas). Por ello el que existan canalizaciones de determinados servicios por debajo de los viales interiores de la urbanización nada dice acerca del carácter público de dichos viales.

8º. Todo lo expuesto anteriormente avala lo manifestado por el Concello de Vigo en su contestación a la demanda, en su fundamento jurídico segundo, cuando llama la atención sobre un hecho que considera conocido y que se puede considerar notorio y en cualquier caso suficientemente esclarecido por la práctica de la prueba: en el proceso de urbanización y edificación de la Isla de Toralla hasta el puente construido es privado, nada se cedió a la titularidad ni al uso público de su viario y otros elementos urbanizatorios, existiendo y habiéndose constituido en escritura pública de 18/10/1970 una "comunidad de propietarios" denominada "Centro Turístico Residencial Isla de Toralla" que opera con la denominación de C.P. "Castro de Toralla" que actúa como propietaria de estos elementos comunes. No se da en el caso de la Isla de Toralla ni la titularidad pública ni su uso público.

9º. De la práctica de la prueba ha resultado también acreditado un elemento que contradice de plano cualquier posibilidad de apreciar un uso público y general del vial que da acceso a la parcela del actor: no existe acceso público a la isla sino un control físico de entrada que lo impide, estando condicionado a la voluntad de los propietarios de los terrenos, que son los que deciden como en cualquier urbanización privada el acceso al interior de la misma. Ninguno de los peritos de la actora pudo desmentir ese control de acceso, aunque con una evidente parcialidad intentaron minimizar su importancia, llegando a afirmar el autor del proyecto de parcelación, cuando se le preguntó por la valla de seguridad existente a la entrada y que impide el acceso general, que su finalidad es poder

saber quién entra, porque se trata de un sitio marginal, sin que ello represente una prohibición de acceso a los particulares. Concluir que dicha prohibición de acceso materializada en una valla no es obstáculo para considerar que se trata de un vial público, asimilable incluso a cualquier calle del centro de la ciudad de Vigo (comparación que alguno de los peritos llegó a realizar) constituye una valoración irrazonable, que pugna con la evidencia y la naturaleza de las cosas, siendo un hecho notorio, del que se han hecho los medios de comunicación social, incluidos los digitales, que existe una reivindicación por parte de algunos colectivos vecinales del ámbito de Vigo que han manifestado sus quejas porque la Comunidad de Propietarios prohíbe el acceso a la Isla a través de la barrera situada al final del puente que une la Isla con Vigo, limitando el acceso a los propietarios y a las personas decididas por estos.

Nada consta de que sea el Concello de Vigo el responsable de la colocación de la valla que prohíbe el acceso público y general, siendo en todo caso imputable a la Comunidad de Propietarios de la urbanización privada existente en la isla. Si se tratase de un vial público las limitaciones de acceso estarían reguladas e implantadas por la Administración Pública, y este no parece ser el caso.

10º. A la vista de lo expuesto no cabe albergar dudas sobre el hecho notorio de la prohibición de un acceso público y general a la Isla de Toralla, reservado a sus propietarios, familiares y demás personas por ellas invitadas. A este respecto la actora se limita a afirmar en su demanda (punto 5.3 de la fundamentación jurídica) que los viales están integrados en la red viaria al estar conectados con el vial público que discurre por el puente que da acceso a la isla, teniendo la valla existente una función meramente de prevención y seguridad, dada la condición aislada del emplazamiento.

Por tanto, no se niega por el actor la evidencia de la existencia de la valla que imposibilita el acceso público y general. Su colocación es la mejor evidencia de que no se trata de un vial público, ni expresa ni tácitamente recibido, ya que el dominio público viario no es susceptible de ser limitado en su tránsito por vallas colocadas por Comunidades de Propietarios, sino que necesariamente tiene que estar abierto al uso público y general, lo que es obvio que no sucede en este caso, en el que la Comunidad de Propietarios decide quién accede y quién no a la urbanización; y en todo caso las limitaciones de acceso y la regulación del tránsito y circulación, si fuera vial público, le corresponderían a una Administración, la titular del mismo, lo que tampoco es el caso.

Por ello es irrelevante que se alegue, por ejemplo, el acceso de los servicios municipales de recogida de residuos sólidos urbanos, porque se trata de un servicio del que se benefician los propietarios de la urbanización privada, siendo su acceso consentido por ellos. No sucede lo mismo, en cambio, con el resto de accesos de cualquier ciudadano que pretenda entrar en la Isla de Toralla y transitar por los viales ejecutados en el marco de un Proyecto de Urbanización privada –cuando la legislación urbanística lo permitía- y cuyos elementos y servicios comunes siguen siendo de la titularidad y responsabilidad de la propia Comunidad.

11º. Frente al alegato de la actora sobre los actos propios del Concello y el principio de congruencia, cabe acoger los alegatos finales de la defensa del Concello, que corroboran y refuerzan la realidad notoria del carácter privado de la urbanización de la isla en su conjunto, incluidos sus viales. No cabe apreciar que los propietarios de la urbanización hayan nunca considerado los viales como públicos, no solo porque fácticamente no están abiertos al uso público y general, sino porque



en diferentes procesos judiciales se ha alegado por dichos propietarios el carácter privado de tales viales.

En este sentido son valorables las alegaciones del Concello de Vigo en fase de conclusiones, cuando trae a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14/06/2006, recurso 209/2004, en la que se recoge el alegato siguiente de la recurrente en aquel procedimiento (Promociones Turísticas y Urbanas S.A.): *La Isla de Toralla es un isla de propiedad privada que como tal figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Vigo. Esta inscripción de la propiedad privada comprende también los viales interiores de la Isla.*

En el mismo sentido se puede valorar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25/10/1996 (en apelación 4149/1992), en la que se recoge un alegato de un propietario de la Isla de Toralla, en el marco de una impugnación de una liquidación tributaria, en el que se aduce que su parcela no da fachada a vía pública “ya que en la Isla de Toralla no las hay públicas”.

Esta línea argumentativa es bien expresiva del tipo de control de acceso que de iure y de facto ejercen los propietarios de la urbanización privada ejecutada al amparo del proyecto del año 1968, siendo imposible apreciar en este contexto el carácter público de los viales interiores, con independencia del criterio que haya seguido el Concello de Vigo en expedientes anteriores sobre parcelas de la misma isla, con diferente legislación y requisitos o bajo el amparo de normativas similares. Y no puede sostenerse la existencia de una cesión de viales cuando se trata de una urbanización ejecutada en un ámbito singular en el que nunca se llegó a aprobar ningún instrumento de equidistribución de beneficios y cargas ni nunca se siguió el sistema de actuación de cesión de terrenos viales de la Ley del Suelo de 1956.

Una recepción tácita requeriría una asunción municipal del carácter público, mediante la asunción de sus competencias sobre la circulación y tránsito de la vía, señalización, ordenación de accesos, mantenimiento y reparación, etc. No hay acta de recepción expresa, pero tampoco tácitamente ninguna actuación municipal revela ningún dato que permita afirmar que estamos ante un vial público, manteniéndose todos los elementos de titularidad y uso privativo que caracterizaron a los viales de la isla desde su ejecución como urbanización privada al amparo de una legislación urbanística que sí permitía este tipo de actuaciones.

**QUINTO: Sobre la ausencia de retroactividad en la aplicación de la normativa y la inexistencia de derechos edificatorios patrimonializados a los que afecte por la resolución recurrida.**

Para dar respuesta integral a todos los alegatos del demandante solo cabe puntualizar que la denegación de la licencia solicitada, aunque se hubieran otorgado licencias de edificación en la misma isla a otras parcelas resultantes del mismo Proyecto de Urbanización, no es expresión de la privación de un derecho edificatorio previamente adquirido o que dimanase del propio Proyecto de Urbanización del año 1968.

A este respecto hay que recordar el carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad del suelo y que conforme al artículo 11.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, la

previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

En este caso ningún derecho edificatorio tenía patrimonializado el demandante, y por tanto ningún derecho edificatorio consolidado es objeto de privación por el acto recurrido. No hay, por tanto, discriminación en relación con los otros propietarios de parcelas que sí obtuvieron licencia de edificación, ya que la parcelación pretendida en la finca objeto de litis no fue nunca previamente estimada ni declarada por el Concello, ni tampoco el actor participó nunca en ningún proceso de equidistribución de beneficios y cargas, ni cedió de forma expresa ni tácita terrenos para viales públicos, lo cual es un óbice añadido a la parcelación pretendida, conectado con la fundamentación del acto recurrido, ya que incluso en suelo urbano consolidado los propietarios tienen el deber de ceder gratuitamente a la administración titular de la vía los terrenos destinados a viales fuera de las alineaciones establecidas en el planeamiento cuando pretendan parcelar, edificar o rehabilitar integralmente (artículo 20. a) de la LSG 2/2016 y 30 a) del Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero). El deber de cesión gratuita de suelo destinado “al sistema local de espacios libres, zonas verdes y equipamientos, y a la administración titular correspondiente, el destinado a viales” se establece expresamente también para los propietarios de suelo urbano no consolidado en el artículo 21 a) de la LSG.

Atendidos estos deberes de cesión establecidos en el artículo 20 a) y 21 a) de la LSG, y la inexistencia en este caso de terrenos cedidos para viales públicos, ya que se ha probado que nunca hubo cesión a la Administración por parte de los propietarios de la urbanización de ningún terreno destinado a viales, debe concluirse que la parcelación no era autorizable, al amparo de los artículos 150.4 y 5 de la LSG 2/2016 y artículos 368.4 y 5 del Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, con arreglo a los cuales:

*En ningún caso se considerarán solares, ni se permitirá edificar en ellos, los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de las disposiciones de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, y de este reglamento (artículo 150.4 de la LSG).*

*Toda parcelación urbanística, segregación o división de terrenos conllevará la obligación de la cesión de los terrenos situados fuera de las alineaciones establecidas por el planeamiento (artículo 150.5 de la LSG).*

Por otra parte, teniendo en cuenta lo apuntado y la fecha de solicitud de la licencia, no se aprecia que se haya aplicado ninguna normativa con carácter retroactivo. El derecho a la parcelación solo se obtiene cuando se otorga la licencia, y en la fecha de la solicitud de esta licencia ya estaba vigente la normativa aplicada (LSG 2/2016 y PXOU 1993) definidora de los requisitos para poder autorizar la parcelación pretendida. Con carácter previo a la solicitud, ningún derecho a la parcelación se había integrado en el patrimonio del actor, razón por la cual no cabe apreciar que la aplicación de la LSG 2/2016 y el PXOU de 1993, vigentes cuando se formula la solicitud de licencia, se proyecten retroactivamente sobre ningún derecho anterior del demandante. Además, por mandato de la anteriormente citada Disposición Transitoria 1ª.2 de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia, resulta de aplicación al caso el régimen jurídico del suelo urbano no consolidado contenido en dicha Ley 2/2016,



por ser el planeamiento general anterior a dicha LSG 2/2016 y no estar adaptado a la LOUGA 9/2002 y por no reunir la parcela la condición de solar conforme a las condiciones establecidas en la propia LSG (coincidentes con las establecidas en la LOUGA 9/2002).

En el caso de la parcela del actor no hay alineaciones, ni vial público, sino vial privado que da acceso a una urbanización de este carácter en cuyo interior está situada la parcela. En atención a lo expuesto, la desestimación de la licencia de parcelación resulta conforme a derecho, debiendo desestimarse el recurso contencioso-administrativo.

#### **SEXTO: Sobre las costas procesales.**

De conformidad con el artículo 139 de la LJCA 29/1998, en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

La desestimación de la demanda determina en este caso la no imposición de costas procesales, ponderando la existencia de serias dudas de derecho generadas por las actuaciones autorizatorias precedentes en el ámbito de la Isla de Toralla, que pudieron fundar la convicción errónea del demandante en la legitimidad de su pretensión y la confianza en la obtención de la licencia pretendida. La resolución por esta sentencia de estas dudas, por las razones apuntadas, no justifica la anulación del acto recurrido, al ser conforme al ordenamiento jurídico, pero sí puede ponderarse esa situación fáctica previa a los efectos de no imponer las costas procesales.

#### **FALLO**

Que debo **DESESTIMAR Y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo, presentado por D. \_\_\_\_\_ contra la Resolución de 5 de abril de 2017 dictada por la Concelleira Delegada da Área de Urbanismo de la Xerencia de Urbanismo del Concello de Vigo, por la que se deniega al recurrente la solicitud de licencia de parcelación de la finca \_\_\_\_\_ de la Isla de Toralla, y contra la Resolución de 23 de junio de 2017 de la misma Concelleira por la que se desestima el recurso de reposición deducido contra la anterior (expediente 89125/421) y declaro la conformidad a Derecho de los actos recurridos.

No ha lugar a la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, que deberá presentarse en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación y del que conocerá la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Para la interposición de dicho recurso de apelación será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que este Juzgado tiene abierta en Banesto con el número 3308.0000.85.0257.17.

Está exenta de constituir el depósito referido la Administración pública demandada con arreglo al art. 1.19ª de la Ley Orgánica 1/2009.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo acuerda, manda y firma D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo. Doy fe.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado- Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de hoy que es el de su fecha, doy fe.