



T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2 A CORUÑA

SENTENCIA: 00125/2021

Recurso de apelación número: 4154/2020

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^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)
D. JOSE ANTONIO PARADA LÓPEZ
D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASELES
D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

En la ciudad de A Coruña, a 5 de marzo de 2021.

En el recurso de apelación que con el número 4154/2020 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la Procuradora D^a. BEGOÑA ALEJANDRA MILLAN IRIBARREN, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE VIGO, con la asistencia letrada del Abogado Consistorial D. XESUS COSTAS ABREU contra la Sentencia 33/2020 de 24 de enero, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de los de Vigo en el Procedimiento Ordinario 13/2019, por la que se estimó el recurso por apreciar la caducidad del expediente de reposición.

En el presente recurso es parte apelada
, representada por la Procuradora D^a. IRENE CARRERA RODRÍGUEZ y defendida por el Letrado D. JORGE BUJÁN GARRIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la resolución recurrida.

El objeto del presente recurso es la Sentencia 33/2020 de 24 de enero, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de los de Vigo en el Procedimiento



Ordinario 13/2019 , por la que se estimó el recurso por apreciar la caducidad del expediente de reposición y la caducidad de la acción de reposición de la legalidad urbanística.

SEGUNDO.- De los motivos del recurso de apelación.

Por el Concello de Vigo se apela la sentencia señalando que en la parcela de la recurrente se vienen realizando obras de modo continuo y acumulado desde hace varios años sin licencia -salvo la interesada para el mantenimiento de cubierta- pero que incoado el expediente el 4 de noviembre de 2011, se resolvió el 19 de octubre de 2012, siendo notificada la resolución el 12 de noviembre, previos 2 intentos el 2 y el 5 de noviembre de 2012, por lo que entiende que la sentencia yerra al no tener en cuenta los intentos de notificación y éste se produjo dentro de plazo.

En cuanto a la terminación de las obras la Juzgadora de instancia invierte la carga de la prueba, tomando en consideración la declaración de una técnica que señaló que en cuanto a la fecha de terminación señala lo que la propiedad le manifestó.

En atención a lo expuesto termina interesando que se dicte sentencia por la que se revoque la sentencia de instancia y se desestime el recurso.

TERCERO.- De la oposición al recurso.

Por la recurrente, ahora apelada, se opuso al recurso, señalando que el Ayuntamiento parece pretender que desde los años 50 hasta ahora la construcción se encuentra en un de construcción continuo.

Que en el recurso prestó declaración la Arquitecta Técnica D^a. INMACULADA GARCES NAVARRO que, a instancia de la recurrente, inspeccionó y midió la edificación siendo autora del informe obrante a los folios 44 a 52, que dictaminó que las obras se encuentran terminadas desde 2004 -en la que se modificó la cubierta, se incremento la superficie de desván y se cubrió la barbacoa- por lo que existe prueba suficiente de que las obras se encontraban a mediados de 2004 en estado de servir al fin al que estaban destinadas.

Que resulta incierto que la sentencia tan solo refiere el informe de la perito, sino que también hace referencia a los informes municipales. Por lo que entiende acreditado el transcurso de más de 6 años desde la total terminación de las





obras y la fecha en la que se adoptó el acuerdo de inicio del expediente de reposición, el 4 de noviembre de 2011.

Por otra parte señala que el expediente incurrió en caducidad por mediar más de un año entre la incoación y la notificación de su resolución, advirtiendo que el documento acreditativo del intento de notificación ofrece dudas sobre su autenticidad (folio 38).

CUARTO.- Del señalamiento para votación y fallo.

Por providencia de esta Sala se señaló el recurso para votación y fallo el día 25 de febrero de 2021.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- Sobre la caducidad del expediente de reposición.

Ciertamente la sentencia de instancia parte de que el expediente de reposición de incoó el 4 de noviembre de 2011 (folio 29 del expediente) y que la resolución se notificó el 12 de noviembre de 2012, por la comparecencia ante correos de -por delegación de la interesada- pero a continuación consigna:

Previamente hubo dos intentos de notificación:
Día 21 de noviembre de 2012 a las 10:45 horas
Día 5 de noviembre de 2012 a las 13:05 horas.

Es evidente que tales afirmaciones contienen una contradicción, si la notificación efectiva se produjo el día 12 el intento de notificación del 21 no puede ser previo. Acudiendo al expediente resulta que el primer intento se produjo el día 2 de noviembre (folio 38 del expediente) así resulta también de lo afirmado por el Ayuntamiento en el recurso y que la apelada no lo discute en su oposición al mismo.

Pues bien, con arreglo a lo que disponía el Art. 209.4 de la LOUGA -que era el vigente al tiempo del acuerdo de incoación, pero que reitera el Art. 152.5 de la Ley 2/2016 de la Ley del Suelo de Galicia, actualmente vigente- el expediente



de reposición de la legalidad ha de resolverse en el plazo de un año desde el acuerdo de incoación.

Por lo que en el presente caso la fecha límite era la de 4 de noviembre de 2012 y la notificación efectiva se produjo el 12 de noviembre. Pero como se consigna en la sentencia de instancia a los efectos del cumplimiento del deber de notificar en plazo han de tenerse en cuenta los intentos de notificación debidamente acreditados.

Así lo señalamos en la St. 465/2020 de 11 de septiembre (recaía en el recurso 4367/2019) en la que por referencia a la doctrina del T.S. recordamos:

...de conformidad con la jurisprudencia del T.S. lo relevante para determinar si el intento de notificación se produjo dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos es atender a la fecha en la que tuvo lugar el primer intento de notificación, así resulta de la St. del Pleno del T.S. de 3 de diciembre de 2013 (Recurso 557/2011), en la que corrige su anterior criterio, señalando:

"Rectificamos la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002, en el sentido, y sólo en él, de sustituir la frase de su párrafo segundo que dice "[...] el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación [...]", por esta otra: "el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo..."

... Por tanto y en definitiva, si el intento de notificación se lleva a cabo en una fecha comprendida dentro del plazo máximo de duración del procedimiento (siempre, por supuesto, que luego quede debidamente acreditado, y se haya practicado respetando las exigencias normativas a que esté sujeto), producirá aquel concreto efecto que dispone ese artículo 58.4 de la Ley 30/1992, con independencia o aunque su acreditación acceda al expediente cuando ya venció ese plazo.

Pues bien, aplicando este criterio en el presente caso es evidente que no se produjo la caducidad del expediente porque el primero de los 2 intentos de notificación se produjo el 2 de noviembre y el expediente no caducaba hasta el día 4 del mismo mes, por lo que se impone la estimación de este motivo del recurso y la revocación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Sobre la caducidad de la acción de reposición.

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 resulta del plazo de caducidad que establece actualmente el artículo 153 de la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia que resulta coincidente con lo que disponía el Art. 210.1 de la LOUGA que resulta ser el aplicable en el presente caso por la fecha de incoación del expediente.

En cuanto a la fecha del cómputo ha de estarse a la acreditación de que las obras se encuentren en estado de servir a la finalidad que le es propia y a la que están naturalmente destinadas, así lo establece el Art. 377 del Reglamento de la Ley de Suelo, aprobado por Decreto 143/2016, pero que también resulta de lo que disponía el Decreto 28/1999 de disciplina urbanística que resultó derogada por aquél, que establecía:

2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, 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 autoridad que incoe el expediente, previo informe de los servicios técnicos municipales y con audiencia al promotor de las obras.

En aplicación de estos criterios en el presente caso correspondería a la recurrente probar que las obras por las que se incoó el expediente de reposición se encontraban terminadas antes del 4 de noviembre de 2005, dado que el expediente se inició ese día del año 2011. En concreto el expediente se siguió por la realización de las siguientes obras:

- Ejecución de una obra de ampliación con adición de una planta de unos 100 m².
- Construcción de cobertizo adosado a lindero de 20 m²
- Realización de una piscina

En el presente caso la juzgadora de instancia apreció la caducidad de la acción de reposición en atención al informe pericial elaborado por la Arquitecta Técnica D^a. INMACULADA GARCÉS NAVARRO, en el que, después de realizar un gráfico estudio del proceso evolutivo de la construcción, basado en fotos aéreas, testificales y la forma y calidad constructiva, llega a concluir:

- La vivienda data de 1.950



- Experimentó varias reformas en 1980, 1985, 1994 y 2004.
- En 2004 se amplió el desván convirtiéndolo en un espacio vividero. Se modificó la cubierta, con tejado a dos aguas con mansarda. Se cubrió la barbacoa y se modificó la escalera exterior, cambiando el material de los peldaños.

En la sentencia se recoge el testimonio vertido por la técnico, al tiempo de ratificar su informe, que resultan relevantes:

- En 2004 se sustituye la cubierta y la habilitan como espacio habitable, realizando una mansarda
- Realizó un estudio de seguridad para pedir una licencia
- No dirigió las obras, para ello contrataron una empresa constructora
- No existe certificación final de obra, por tratarse de una obra menor.
- Que no hay documentos, proyectos ni facturas de empresas constructoras, ni solicitud de licencia
- Que lo que se iba a realizar es consolidar la cubierta

El testimonio vertido por la técnico no resulta suficiente para acreditar la caducidad de la acción de reposición por finalización de las obra, al menos, 6 años antes de la incoación del expediente por los siguientes motivos: a) de su declaración resulta una especial vinculación con los promotores de la edificación, de hecho admitió haber realizado un estudio de seguridad e higiene; b) el criterio mantenido no es acertado cuando por una parte admite que se reformó la cubierta para dotar de uso residencial lo que era un "deshván" y por otra que la obra no precisaba licencia por tener la consideración de "menor" cuando con arreglo al Art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación para las intervenciones que entrañen un uso residencial se requiere licencia; c) admitió que no consultó facturas de empresas contratistas o suministradoras.

Pues bien, es evidente que en este tipo de procesos suelen intervenir profesionales de la construcción que de ordinario facilitan facturas oficiales con el importe de sus servicios o, al menos, empresas que suministran materiales a utilizar. En este caso la recurrente se limitó a aportar un informe pericial de una técnica, que intervino en la realización de un estudio de seguridad, pero su criterio no viene respaldado por ninguna otra prueba por lo que no resulta suficiente para desvirtuar las apreciaciones de los inspectores urbanísticos obrantes en el expediente, de los que resulta que se realizaron varias visitas al lugar y con ocasión de las mismas hicieron contar lo siguiente::





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

- Informe 19 de junio de 2008 (folios 1, 2 y 3)

Se construyó un nuevo forjado de cubierta, con incremento de superficie

Se realizaron mansardas y casetón

Se construyó un cobertizo adosado a lindero

- Informe de 29 de octubre de 2010 (folios 8, 9 y 10)

La edificación se encuentra en la misma situación que en la visita girada en 2008

Se construyó una piscina de hormigón de 15 m²

Aporta ortofotos de 2003, 2005 y 2008 -en esta ya se ve la piscina-

Acompaña fotos actuales que evidencian que la parte superior de la fachada se encuentra en hormigón sin pintar.

Por lo que, en definitiva, dada la insuficiencia de la prueba para la acreditación de la fecha de terminación de las obras que motivaron el seguimiento del expediente de reposición, determina que también este aspecto de la sentencia haya de ser revocado y la demanda íntegramente desestimada.

TERCERO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrá al recurrente sí se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso no procede su imposición a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS: Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso de apelación presentado por la Procuradora D^a. PAULA LLORDEN FERNÁNDEZ-CERVERA, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE VIGO contra la Sentencia 33/2020 de 24 de enero, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de los de Vigo en el Procedimiento Ordinario 13/2019 , **REVOCANDO LA MISMA** y **DESESTIMANDO** íntegramente el recurso, sin costas.

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: MARTINEZ QUINTANAR, ANTONIO
Data e hora: 11/03/2021 14:18:25

Asinado por: PARADA LOPEZ, JOSE ANTONIO
Data e hora: 11/03/2021 10:38:39

Asinado por: RECIO GONZALEZ, MARIA AZUCENA
Data e hora: 10/03/2021 08:44:18

Asinado por: DIAZ CASALES, JULIO CESAR
Data e hora: 09/03/2021 19:26:31





XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 VIGO

SENTENCIA: 00033/2020

-

Modelo: N11600
LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2019 0000026
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000013 /2019 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: JORGE BUJAN GARRIDO
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA

SENTENCIA N°: 33/20.

En Vigo, a veinticuatro de enero de dos mil veinte.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. MARIA LOURDES SOTO RODRIGUEZ, JUEZ Sustituta del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Ordinario, seguidos con el número 13/2019, a instancia de , representada y defendida por el letrado Sr. Jorge Bujan Garrido, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por el Procuradora Sra. Paula Llordén Fernández-Cervera y defendido por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos contra el siguiente acto administrativo:

Resolución dictada por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Concello de Vigo en sesión de fecha 11.10.2018 en virtud del cual se desestima el Recurso de reposición interpuesto en fecha 12 .12.2012 contra el Acuerdo del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 19.10.2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la resolución arriba indicada.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, se acordó sustanciarlo por los trámites del recurso ordinario.

Recabado el expediente administrativo, se formalizó el escrito de demanda, que finalizaba suplicando se dictase



sentencia por la que se anule y se deje sin efecto el acto recurrido.

Por parte de la representación del Concello se contestó en forma de oposición, instando el mantenimiento de la resolución recurrida.

Una vez fijada la cuantía del pleito como indeterminada, se recibió a prueba, practicándose los medios probatorios que se declararon pertinentes, tras lo cual se presentaron los respectivos escritos de conclusiones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De los antecedentes necesarios

1.-A la demandante se le concedió el día 10.06.2004 licencia con nº 50351-421 para la ejecución de obras menores, en las que se autorizaba obras consistentes en impermeabilización y reparación de material de cubierta con un proyecto de estudio básico de seguridad.

2.- El 4.11.2011, la Xerencia municipal de urbanismo decide incoar expediente de reposición de la legalidad urbanística (nº 14924/423) contra la demandante, por la por la ejecución de obras presuntamente ilegales en la rúa de Matamá, consistentes en ejecución de obras de ampliación de edificación añadiendo una planta de 100 metros cuadrados, construcción de cobertizo adosado al lindero de unos 20 metros cuadrados y realización de piscina sin que conste otorgada la licencia.

Con fecha 12 de noviembre de 2012 se le notifica a la recurrente resolución de fecha 19.10.2012 por la que se resuelva declarar las obras ejecutadas en la rúa , de Matamá, incompatibles con el ordenamiento urbanístico y ordenar la demolición de las mismas,

El 12.12.2012 se interpone recurso de reposición.

En sesión 11 de octubre de 2018 se acuerda por el Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Vigo, notificado en noviembre de 2018 desestimar el recurso de reposición concediéndose plazo para interponer el recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- De la falta de audiencia y incorrecta tramitación del procedimiento, falta de motivación.

Respecto a la falta de propuesta de resolución se redacta un informe propuesta previa a la adopción del acuerdo por el órgano competente y así consta en el expediente administrativo. Ex art 175 RD 2568/1986 dispone:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Los informes para resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán los extremos siguientes:

- a) Enumeración clara y sucinta de los hechos.
- b) Disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina, y
- c) Pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva.

El procedimiento se tramita de conformidad con la normativa reguladora del procedimiento (artículo 209 de la ley 9/2002 ,de 30 de diciembre) por la que no procede estimar la nulidad de pleno derecho por vulnerar el trámite de audiencia y el traslado de informes pues la resolución de inicio le fue notificado al recurrente el día 30 de noviembre de 2011 tal como queda acreditado en el folio 28 del expediente administrativo sin que esta presentase alegaciones hasta la resolución que puso fin al procedimiento del día 4 de noviembre de 2012 .

Falta de motivación.

Los informes de inspección se detallan las obras ejecutadas físicamente, así como el de los técnicos superiores detallan cuales fueron los incumplimientos.

Se examinaron las obras ejecutadas por el demandante, y se valoraron económicamente .Asimismo se informaron al recurrente la situación de las obras ejecutadas como quedaría tras la anulación del planeamiento general del año 2008.

El 29 octubre de 2010 se realizo una inspección por el inspector de urbanismo, Manuel Bernardo Martínez Area, comprobando que dicha edificación se encuentra en la misma situación que en la anterior inspección realizada el 19 de agosto de 2008

Informe del Deliniante municipal efectuado al lugar de Rúa de Matamá, de fecha 27 octubre de 2014 se hace constar por el técnico municipal que la edificación se encuentra en las mismas condiciones que las anteriores inspecciones.

El 13 de junio de 2018 se constata por el Técnico de la Administracion Xeral y girada visita de inspección a la Rua , Matamá que las obras realizadas no resultan ajustadas a la licencia concedida , pues además de cambiar el material de cobertura realizada , se realizo la construcción de un nuevo forjado de cubierta , con un incremento de superficie sobre la anteriormente existente , así como un cambio de tipología con formación de nuevas pendientes mediante la construcción de caminos de marcha y casetón dando lugar a una



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

nueva planta bajo cubierta y la construcción de un cobertizo adosado al lindero lateral.

Acto sea de contenido imposible.

No puede estimarse que el acto sea de contenido imposible. Alega el recurrente que en ese momento el Plan General vigente al tiempo de la resolución dictada no se encontraba vigente como consecuencia de la declaración de nulidad del mismo por el Tribunal Supremo, recobrando vigencia el documento de planeamiento anterior en el que la parcela en la que la parcela se encontraba clasificada como de núcleo rural, de forma que la causa que motivo el expediente requisitorio habría cesado. Por tanto la resolución adva de 12.11.2012 por la que se ordena la demolición de las obras tiene su contenido imposible y imposibilidad sobrevenida toda vez que el documento de planeamiento en el que encontró cobertura fue declarado nulo por el Tribunal Supremo. Y por tanto dicha resolución de demolición habría sido dictada al margen del ordenamiento jurídico vigente en la actualidad.

Decir a este respecto que la derogada Ley 22 agosto de 1985, de adaptación de la del suelo de Galicia, al amparo de la cual se redactó el PXOU del año 93 vigente, permitía a los planes generales clasificar el suelo de los núcleos rurales existentes de reciente formación entre otros, como suelo urbano. Por tanto se incluye dentro de la delimitación del núcleo rural existente de reciente formación, 10 07 "ROUPEIRO" D, en la parroquia de Matamá, cualificándola con la Ordenanza 1.3, de vivienda unifamiliar, grado B, aislado de densidad media. No resulta de aplicación el art. 40 de la Ley de Suelo actualmente vigente porque este artículo solo se refiere al suelo clasificado como suelo urbano no consolidado y en el año 1993 como suelo urbano.

TERCERO.-De la caducidad del expediente administrativo

El primer motivo de impugnación que se plantea en la demanda se refiere al trámite procedimental propiamente dicho, denunciando la caducidad del expediente, sobre la base de entender que, desde la inicial incoación (el 13 de septiembre de 2005) hasta la fecha de notificación de la resolución que le puso fin (lo cual tuvo lugar el 17 de abril de 2007), transcurrió con exceso el plazo legalmente establecido.

Alega la recurrente que la resolución es de fecha 4.11.2011 y ha sido notificada la resolución repositoria el 12 de noviembre de 2012 (folio 38 expediente administrativo). Ha excedido el plazo de un año.

El artículo 209.4º de la Ley 9/2002, de Ordenación Urbanística y protección del Medio Rural de Galicia, aplicable a este expediente, establece el plazo de caducidad de un año,



desde la fecha de su incoación, para cuyo cómputo actúan, como *dies a quo*, el de la incoación del expediente, y como *dies ad quem*, el de la notificación al interesado de la resolución final.

Pues bien, examinado el expediente administrativo el procedimiento:

Se inicio el 4 de noviembre de 2011 mediante resolución de la Concelleira delegada del Area de Urbanismo, Cascos Históricos e Grandes Proyectos

Se resolvió mediante Acordo do Consello de XMUC de fecha 19 de octubre de 2012 notificándose al recurrente el día 12 de noviembre de 2012 acudiendo a recogerla el recurrente en Correos por delegación de la interesada, Antonio Martínez Damenas.

Previamente hubo dos intentos de notificación :
día 21 de noviembre de 2012 a las 10:45 horas
día 5 de noviembre de 2012 a las 13:05 horas.

El Tribunal Supremo en sus SSTS de 3.12.2013 (RC nº 557/2011) y de 17.11.2003 (RCIL 128/2002), parcialmente modificada por la anterior dejaron sentada la siguiente doctrina jurisprudencial respecto a la notificación:

"Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente. En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo".

Trasladado esto a la Ley 39/2015, sería que cumpliera con las exigencias legales del art. 41 de la Ley 39/2015. En cuanto a



las veces que hay que intentarlo, en las notificaciones en papel, tanto la Ley 30/1992, como la Ley 39/2015 dicen que para que pueda surtir efectos la notificación, debe primero intentarse la notificación por dos veces.

La STS de 6.02.2019:

"1. El precepto en cuestión se refiere, cabalmente, al momento en que se tiene por cumplida la obligación de notificar en plazo, que se fija en la fecha del intento de notificación debidamente acreditado. Parece claro que si el legislador hubiera querido estar exclusivamente al momento concreto de la notificación (cuando, como es el caso, ésta tiene efectivamente lugar) así lo habría establecido expresamente.

2. Acoger como fecha relevante a efectos de caducidad solo la de la notificación de la resolución al interesado no solo supondría inaplicar aquel precepto, sino privarle de su finalidad, que no es otra que la de equiparar a la notificación (a los solos efectos de respetar el plazo de duración del procedimiento) el intento válidamente efectuado y constatado en el expediente.

3. Esta es la tesis que se deriva de la jurisprudencia de esta Sala anterior y posterior a la sentencia del Pleno de 3 de diciembre de 2013: el intento de notificación es el determinante para entender cumplida la obligación de resolver en plazo, aunque una doctrina anterior a aquella sentencia se refería a la forma concreta de acreditarla realización de dicho intento (la constancia por la Administración del intento infructuoso, situado entonces como fecha determinante para cumplir aquella obligación).

4. La interpretación anterior se refiere, exclusivamente, al supuesto de hecho que el artículo 86.4 de la Ley 30/1992 contempla, esto es, para entender cumplido el deber de resolver los procedimientos en plazo. Distinto es el caso, como ya ha señalado esta Sala, de la eficacia del acto notificado, que se despliega a partir de la notificación, momento en el que empiezan a correr los plazos de impugnación en sede administrativa o en vía judicial"

Queda claro pues que aunque el plazo para recurrir el ciudadano no empieza a contar hasta que finalmente después de los dos intentos de notificación se realiza efectivamente la misma o se publica en el BOE, para el cumplimiento del plazo máximo y, consecuentemente, para que no se produzca la caducidad del procedimiento desfavorable iniciado de oficio es suficiente con los dos intentos de notificación.



En el presente caso, como ha quedado constatado en el precedente fundamento jurídico, el expediente de reposición se incoó inicialmente en 4 .11.2011 al tener conocimiento de la existencia de unas ciertas obras que no se hallaban enteramente amparadas por la licencia previamente otorgada y después de que pasara el plazo siendo el día final el 4 de noviembre de 2012 , se producen posteriormente dos intentos de notificación, concretamente el día 5 el primer intento de notificación y el día 21 de noviembre la segunda notificación de la resolución que pone fin al procedimiento. Si computamos el día aquo y el día final se puede apreciar que el expediente administrativo ha caducado al expirar el plazo legal.

CUARTO . Caducidad de la acción de restauración.

En el procedimiento administrativo hay que distinguir entre la caducidad que afecta al expediente administrativo y la prescripción que impide el ejercicio de la acción por parte de la Administración. La caducidad afecta al expediente administrativo en sí y concurre si la Administración no resuelve el expediente en el plazo que legalmente tiene establecido para ello. La prescripción afecta a la acción y si la Administración no la ejercita en el plazo legalmente **establecido para ello, la acción "muere" y ya nunca se va a poder ejercitar**; ahora bien, hay que tener en cuenta que, si la Administración inicia un expediente para el ejercicio de la acción, el plazo de prescripción se interrumpe y empieza a contar de nuevo, salvo en un caso y es que ese expediente caduque.

En el caso de que el expediente administrativo caduque, ni ese expediente, ni ninguno de los actos que se hayan llevado a cabo en el mismo, serán eficaces para interrumpir la prescripción de la acción, por lo que será como si nunca hubiesen existido, y, por lo tanto, ni el plazo se verá interrumpido, ni éste volverá a comenzar de nuevo. Así el artículo 95.3 de la ley 30/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que es la que sustituye a la anterior ley 30/1992 determina:

"La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción."

La Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 4/2017 de 10 de enero de 2017 afirma, modificando su doctrina anterior, que el recurso interpuesto por el administrador para que se declare la caducidad de un expediente que lo está, no puede interrumpir, en ningún caso, el plazo de prescripción.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Se distingue en la Sentencia aquellos expedientes en los que se ha declarado la caducidad por parte de la Administración, de aquellos en los que no se ha hecho.

En el primer caso los Juzgados y Tribunales siempre han tenido claro que, al haberse declarado la caducidad de oficio por parte de la Administración, debía considerarse que estos expedientes no habían existido y por lo tanto ninguna de sus actuaciones podía interrumpir la prescripción, pero hasta esta Sentencia no ocurría lo mismo en aquellos expedientes en los que no se había declarado la caducidad de oficio y era el administrado el que solicitaba esta declaración a través de los diferentes recursos administrativos establecidos. Hasta esta Sentencia ese recurso interpuesto por el administrado sí interrumpía la prescripción, dejando impune y favoreciendo la inactividad de la Administración.

La sentencia decide, en beneficio del administrado que, la interposición de un recurso administrativo en el que lo que se solicita es la declaración de caducidad de un expediente que lo está no interrumpe el plazo de prescripción, llegando a la siguiente conclusión: "responde a una lógica jurídica indiscutible: la reclamación o recursos para lograr la declaración de caducidad no son sino una prolongación del mismo procedimiento que se declara caducado, que desaparece embebida en él. El procedimiento declarado caducado se hace inexistente y en él se incluye la reclamación o recurso que lo ha declarado tal".

El artículo 210 LOUGA prevé, como plazo de caducidad de la acción municipal para reaccionar frente a la realización de obras sin licencia, el de seis años.

El cómputo de ese plazo de seis años se inicia una vez acreditada la total terminación de las obras, cuya prueba (según reiterada jurisprudencia) no corresponde a la Administración, sino a quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad con la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del *dies a quo*. El principio de la buena fe procesal (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) impide, como señalan las SSTs de 14-5-1990, 16-5-1991 y 3-1-1992, que quien crea y mantiene una situación de ilegalidad **"pueda obtener ventajas de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad"** (STS de 25 -2-1992).

Por otra parte, el art. 56 del Reglamento de disciplina urbanística de Galicia de 1999, determina lo que ha de entenderse por total terminación de las obras y cómo ha de acreditarse: con el certificado de final de obra, suscrito por el facultativo o facultativos competentes; en su defecto, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación o de la cédula de habitabilidad. A falta de los citados documentos, se tomará como fecha de terminación la que resulte de cualquier comprobación de esta situación por parte de la Administración municipal.



Dispone la Ley 2/2016 de 10 de febrero del suelo de Galicia):

Artículo 153. Obras terminadas sin título habilitante.

1. Si estuvieran acabadas las obras sin licencia, comunicación previa u orden de ejecución, o incumpliendo las condiciones señaladas en las mismas, la persona titular de la alcaldía, dentro del plazo de seis años, a contar desde la total terminación de las obras, incoará expediente de reposición de la legalidad, procediendo según lo dispuesto en el artículo anterior. 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.

2. Transcurrido el plazo de caducidad de seis años sin que se hayan adoptado las medidas de restauración de la legalidad urbanística, quedarán sujetas al régimen previsto en el artículo 90.

Alega la Administración demandada que en lo que se refiere a la finalización de la obra le corresponde a la parte demandante probarlo y no presento ningún tipo de prueba, ni un certificado final de obra, o un informe técnico que así lo acreditase.

Si bien es cierto que en el caso de edificaciones realizadas sin la preceptiva licencia urbanística, la carga de la prueba sobre la fecha de la finalización de las obras a efectos de computo de plazo de 6 años de lo que dispone la Administración para exigir la restauración de la legalidad urbanística y de la prescripción de una posible infracción urbanística, le corresponde al interesado, éste dispone de utilizar cualquier medio probatorio a su alcance para demostrar que el plazo del que dispone la Administración demandada ha expirado.

En el acto de la vista se practica prueba pericial, a instancia de la parte actora y se llama a Inmaculada Garces Navarro, Arquitecto técnico, quien a instancia de [redacted] y medio la edificación y es autora del informe que obra en los folios 44 a 52 de los autos y en el cual se realiza un estudio del estado actual y el proceso evolutivo de la construcción. Manifiesta que visito la edificación y que la clase de suelo según plano 93, es suelo rural, tiene todos los servicios urbanísticos, abastecimiento, agua, acceso rodado, saneamiento y cometida de electricidad. En cuanto a la evolución constructiva se basó en las fotos aéreas, testificales, en la forma y calidad constructiva. En la última



fase le contrataron el estudio básico y de seguridad que pide el Concello. Que según su parecer las obras se encontrarían terminadas en el año 2004, se amplía, se sustituye la cubierta y estarían aptos la bajo cubierta para utilizar como vivienda .Que la vivienda es de 50 metros cuadrados reducidos, y la superficie de la parcela mide los 50 metros cuadrados. Que en el catastro mide 260 metros cuadrados, aunque manifiesta que no le parecía tan grande, pues se ampliaron dos metros de fondo hacia atrás en el año 80, en el año 85 le aumentaron 3 metros y después con edificaciones anexas en el año 94 en el lateral este y en el año 2004 unificaron la cubierta. Que hizo un estudio básico de seguridad para presentar en el Concello una licencia. Que no hay documentos, proyectos ni facturas de empresas constructoras, ni solicitud de licencias. Que antes de que hicieran la cubierta hizo un estudio básico de seguridad para presentar solicitud para trabajos de reparación de cubierta. Lo que se hizo fue unificar las cubiertas, unió la ampliación que había hecho en el año 80, unió la parte de atrás de los años 80 y metió una marchanda. Que ella no dirigió las obras y para este tipo de obras contrataron una empresa constructora. Que no hay certificación de obra pues es una obra menor. Que tramitó una obra menor. Que no sabe si hay obra final pero que las obras duraron menos de 6 meses. Que no vio el expediente en el Concello. Se le exhibieron en el acto de la vista el folio 9 y 10 del expediente administrativo y dice que la fachada esta uniforme de pintura y se ve que la cubierta esta rematada. Solo le pidieron un estudio básico de seguridad, es lo que se pide en obras menores, no pide que se haga un proyecto. El consolidar la cubierta era lo que se iba a realizar. Las obras posteriores fué a verlas después, le pidieron el informe de este año y le dijeron que la piscina ya no estaba.

En el informe de dicha arquitecta que obra a los folios 44 y siguientes en los autos habla de que la Superficie de la parcela es de 505 metros cuadrados, según certificación catastral y reciente medición. A continuación se describe la edificación en función a su evolución con el paso del tiempo y se aprecian las diferentes fases y se puede apreciar en el folio 46 sendas fotografías del estado actual la fachada principal desde servidumbre de paso y la vista lateral izquierda desde la parcela colindante, vista lateral derecha desde la misma propiedad, vista de las construcciones anexas desde la servidumbre de paso y al folio 47 el cuadro de superficies.

Ha quedado demostrado que la edificación si bien se desarrolla en planta baja y bajo cubierta ha sufrido modificaciones con el transcurso del tiempo y en el año 2004 se modifico la cubierta de la edificación unificando la edificación original y la ampliación de 1980, se incremento la superficie del desván y se cubrió la barbacoa constando en la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

actualidad la edificación con planta baja a vivienda y acceso exterior al bajocubierta con uso de la vivienda.

Y la Administración ha incorporado al expediente informes del arquitecto municipal que tras el examen de fotografías de diversos vuelos aéreos, no concluyen que la época en que las obras estuvieran totalmente terminadas. No existen apreciaciones de los informes del arquitecto municipal sobre la antigüedad de las obras. Además, ese conjunto plural de imágenes gráficas que sustenta el criterio del técnico municipal consisten en ortofotos del año 2003, 2005, 2008, y en las que comprobó la edificación objeto de expediente semeja la misma situación que en la anterior inspección realizada ocurrida el 19 de agosto de 2008 si bien posteriormente aparece una piscina. Pues bien en la comprobación realizada por la Administración, no se aporta una fecha cierta a partir de la cual sea indudable que, al menos externamente, las obras se hayan realizado. La pregunta es si por la parte actora se ha acreditado una fecha anterior a la resultante de esa comprobación por el técnico municipal a partir de las diversas fotografías aéreas manejadas, procedentes de diversas fuentes.

En definitiva, existe prueba suficiente de que las obras litigiosas se encontraban a fecha a mediados del año 2004 en condiciones de ser dispuestas para servir al fin al que estaban destinadas. El artículo 377.1 del Decreto 143/2016, del 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la **Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia dice "**

Para los efectos de lo establecido en el apartado anterior, se considera que son obras totalmente rematada aquellas que se encuentran dispuestas para servir al fin al que estén destinadas y en condiciones de ser ocupadas sin necesidad de obra complementaria de ningún tipo, cuando así lo reconozca la Administración actuante.

Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que, en efecto, las obras se habían concluido hace más de seis años por lo que la acción pública para restaurar la legalidad urbanística ya había caducado. Ha transcurrido más de 6 años desde que se realizaron los actos edificatorios hasta que se comunicó el inicio del procedimiento en materia de restauración de la legalidad urbanística (4.11.2011) de conformidad con el art 210 Ley 9/2002, como en el art 153 de la Ley 2/2016 interpretados ambos a la luz del art 132 de la Ley 30/92 aplicable al caso y sin que la administración urbanística hubiera ejercitado las potestades restauratorias, y con independencia de la clase del suelo a la que se encontrara adscrito el suelo sobre el que se hubiera edificado. Por ello la Administración no puede llevar ningún tipo de actividad interventora por haber caducado la acción repositoria y sancionatoria.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En consecuencia, el recurso debe ser estimado, al considerarse que la resolución recurrida no es conforme al ordenamiento jurídico.

QUINTO.- *De las costas procesales*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 139 LJCA, “en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar Sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad.”

No se estima procedente hacer expresa imposición de las costas causadas, al no hallarse méritos para ello al no apreciarse temeridad ni mala fe.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por representada y defendida por el letrado Sr. Jorge Buján Garrido, frente al CONCELO DE VIGO, seguido como PROCESO ORDINARIO número 13/2019 ante este Juzgado, contra la resolución plasmada en el encabezamiento de esta sentencia, que se declara no conforme al ordenamiento jurídico; sin imposición de costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer Recurso de apelación, en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación, ante este Juzgado para la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia; a cuyo efecto la parte apelante habría de consignar la suma de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado (obligación de la que está exenta la Administración).

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.



PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sra. Magistrada-Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Pública y ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.-

