

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 9 Feb. 2012, rec. 4760/2008

Ponente: Fernández López, Juan Carlos.
Nº de Sentencia: 127/2012
Nº de Recurso: 4760/2008
Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

PRUEBA. Proposición de la prueba. Proceso Contencioso-Administrativo. -- Admisibilidad de la prueba. Prueba pertinente. Proceso Contencioso-Administrativo. URBANISMO. Disciplina urbanística. Licencias urbanísticas. Actos necesitados de licencia. -- Disciplina urbanística. Legalización. -- Uso y edificación del suelo. Demolición.

Normativa aplicada

TEXTO

A Coruña nueve de febrero de dos mil doce

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00127/2012

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 4760/2008

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.D.

JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA

JOSÉ MARÍA ARROJO MARTINEZ

JUAN CARLOS FERNÁNDEZ LÓPEZ

En el recurso contencioso-administrativo que con el nº 4760/2008 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por don Romeo y doña Rosalia , representados por el Procurador don Pascual Gantes de Boado González, contra la desestimación por silencio del recurso de reposición de fecha 09.05.08 contra la resolución de la Dirección General de Urbanismo de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes de fecha 03.04.08 en el expediente de reposición a la legalidad urbanística NUM000 . Es parte como demandada la Dirección General de Urbanismo de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Xunta de Galicia y como

codemandado el Ayuntamiento de Pontedeume representado por el Sr. Letrado de la Diputación Provincial de A Coruña. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El representante procesal de don Romeo y doña Rosalia interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta de la conselleira de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes que desestimó, por silencio administrativo, el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de su director xeral de Urbanismo de 27.03.08, en la que declaró ilegales las obras de construcción de cinco viviendas en el lugar de PLAYA000 , Boebre (Pontedeume) y ordenó su demolición.

SEGUNDO.- Admitido el recurso a trámite, se han presentado los escritos de demanda y contestación, a lo que ha seguido la práctica de la prueba documental, testifical y pericial propuestas por la representación de la parte actora, tras lo cual se han formulado las conclusiones y se ha declarado finalizado el debate procesal.

TERCERO.- Mediante providencia de 20.01.12 se ha señalado el día 02.02.12 para la votación y fallo, que ha tenido lugar en esa fecha.

CUARTO.- Se han observado todas las prescripciones legales.

Es ponente el señor magistrado don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ LÓPEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 08.06.01 giraron visita los técnicos del Ayuntamiento de Pontedeume al lugar de Ver, parroquia de Boebre, donde verificaron que se ejecutaban unas obras sin licencia, por lo que poco después ordenó su alcalde su suspensión, orden que fue incumplida, de modo que prosiguieron las actuaciones constructivas, que afectaban a seis viviendas unifamiliares, la apertura de un camino y el cierre de la parcela; luego de otras órdenes municipales de suspensión incumplidas, se remitió el expediente a la Dirección Xeral de Urbanismo, ya que las obras se realizaban en terreno clasificado como suelo urbanizable especial en las normas subsidiarias vigentes desde el año 1986, sin que se hubiera llegado a aprobar el oportuno plan parcial, y dentro de los 200 metros medidos desde la ribera del mar, por lo que se le aplicaría el régimen previsto para el suelo rústico de protección de costas. Así, con fecha 15.01.07 acuerda la autoridad autonómica incoar un procedimiento de restauración de la legalidad a los propietarios, entre los que se encontraba don Romeo , que formuló hasta en cuatro ocasiones alegaciones, entre las cuales solicitó la práctica de una prueba que la instructora inadmitió, lo que no evitó que después aportara diversos documentos; dentro del procedimiento se acuerda ampliar el plazo para resolver (lo que se notifica a los interesados), tras lo que se eleva la propuesta de resolución, que acoge el titular del centro directivo en fecha 27.03.08, para declarar que las obras ejecutadas eran ilegales, por lo que ordena su demolición; esa resolución quedó confirmada, por silencio administrativo, al no resolverse el recurso de reposición que contra ella interpuso el señor Romeo .

La demanda pretende que se anulen ambas, con fundamento en que se les ha producido a los actores indefensión por no haberse practicado la prueba propuesta, ni haberles otorgado audiencia previa a la resolución, a lo que se añade que se ha padecido un error al determinar la normativa aplicable, que ha caducado el procedimiento y prescrito la infracción y, finalmente, que no ha existido reparcelación, sino sólo una distribución de la parcela única.

A esa pretensión y a sus motivos se oponen el letrado autonómico y el provincial que defiende los intereses municipales.

SEGUNDO.- La indefensión que a los actores les ha podido ocasionar la negativa de la instructora a practicar la prueba solicitada y la no invitación a formular las alegaciones finales, no tiene por qué ser un vicio si tales particulares (prueba y audiencia) no eran necesarios, por lo que debe examinarse si tenían que haberse acogido y, en caso de que así fuera, si la indefensión se produjo de forma real, material o sustantiva y no meramente formal.

En lo que concierne a la prueba, es verdad que se solicitó (folio 186), pero también lo es que la instructora la denegó de forma motivada, aunque en extremo sucinta (folio 196), de modo que con ello cumplió la exigencia impuesta en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; pero es que aún si no se hubiera denegado de forma expresamente o lo hubiera sido de forma defectuosa, tal defecto no sería determinante de nulidad pues, como ha indicado esta sala en su sentencia de 14.04.00 , para ello sería preciso que se produjera una situación de indefensión, lo que no ocurre cuando la prueba propuesta sea improcedente, quedando reducida la irregularidad, en tal supuesto, a no motivar tal improcedencia. En la misma línea se pronuncia la constante jurisprudencia que preconiza que para que la denegación de la práctica de prueba en la vía administrativa pueda conducir a la nulidad del acto de que se trate, es necesario que se le produzca al interesado una situación de indefensión, supuesto que no ocurre cuando las pruebas propuestas no sean conducentes a acreditar los hechos relevantes para decidir el asunto (SsTS de 13.11.89 y 27.05.08), y en este caso es verdad que podrían ser relevantes las propuestas para acreditar la distancia de la edificación respecto de la ribera del mar, pero no las demás relativas a edificaciones colindantes (sus licencias o procedimientos de restauración) o al pago de los tributos; sea como fuere, nada impedía que el señor Romeo incorporara el expediente los documentos que tuviera a bien (como ya hizo), como tampoco practicar en esta vía jurisdiccional la prueba entonces rechazada (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil , así como SsTC 217/1998 , 10/2000 , 135/2001 o 3/2004 y SsTS de 13.03.89 , 29.11.91 , 19.02.94 , 17.03.95 , 22.01.00 , 24.10.02 o 20.04.06), sin olvidar la importancia que en esta vía tienen los documentos que se contienen en el expediente administrativo, y en este caso esa prueba judicial admitida no ha sido capaz de acreditar la distancia existente entre la vivienda y la ribera del mar, aunque ese extremo, en el caso de que le fuera favorable a los demandantes, no sería por sí sólo determinante de la pretensión anulatoria, toda vez que la clasificación del suelo como rústico (aún ordinario) impediría la construcción de las viviendas litigiosas no vinculadas a explotación agrícola o pecuaria alguna. Por último el resto de la prueba practicada (en su mayor parte rendida por testigos interesados en procedimientos idénticos) es de todo punto irrelevante para acoger la pretensión anulatoria, ya que lo relevante es acreditar el emplazamiento y la naturaleza de las obras, y esos extremos (como ahora se razonará) están suficientemente acreditados en autos, por lo que el primer defecto que se denuncia -siquiera parcial- no ha tenido relieve suficiente como para merecer la nulidad de la resolución, al no haberles producido a los actores una indefensión real y efectiva.

Y en lo que atañe a que no se les ha ofrecido trámite de audiencia previo a la resolución definitiva, ya se ha indicado que el señor Romeo llegó a presentar hasta cuatro escritos de alegaciones, de modo que como respecto del último (al menos) no se alteraron ni los hechos, ni los razonamientos jurídicos, no era preciso reiterar una audiencia que, como refiere el artículo 105.c) de la Constitución española , procede cuando la ley lo indique, y en este caso el artículo 84.4 de la LRJAPyPAC permite prescindir de ella cuando no figuren en el expediente, ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (en igual sentido las SsTS de 21.01.85 , 20.03.92 , 25.04.94 , 16.01.01 y 20.10.04).

TERCERO.- Igual suerte desfavorable merece el siguiente motivo que concierne al error en que hubiera incurrido el departamento autonómico al determinar la normativa aplicable, pues no existió tal error.

En efecto, por un lado, se indicó que las obras se ejecutaban dentro de los 200 metros de la ribera del mar y en suelo clasificado como urbanizable especial en unas normas urbanísticas del año 1986 que, por lo tanto, no estaban adaptadas a la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, lo que la aplicación del régimen previsto para el suelo rústico especial de costas (punto 1.d) de su disposición transitoria primera), y por otro se indicó que las obras no estaban terminadas, como así resultaba del informe visual de los técnicos autonómicos de 15.06.04, al que unieron fotografías y planos (folios 90 a 107), por lo que debía aplicarse tal normativa y no la anterior, según ordena la disposición transitoria décima de la LOUPMRG.

CUARTO.- En relación con lo que se acaba de razonar, si las obras no estaban finalizadas en el año 2004, no puede sostenerse con éxito que hubiera prescrito la infracción, pues, por un lado, lo que se instruyó no fue un procedimiento de ese tipo, sino de restauración de la legalidad, que es diferente y compatible (artículo 130.2 de la LRJAPyPAC y SsTC 276/2000 , 132/2001 y 44/2005), y, por otro, se aplicaba el régimen previsto en el artículo 214 de la LOUPMRG, que no fija plazo para restaurar la legalidad vulnerada en suelo rústico. Con todo, aún en el caso de que el plazo de restauración fuera de seis años (artículo 210), no puede olvidarse que el procedimiento se inició por acuerdo de 15.01.07, esto es, menos de tres años después de la constatación de que las obras aún seguían su curso.

Y tampoco caducó el procedimiento de restauración, pues pese a haberse notificado la resolución definitiva más allá del año que contempla el artículo 209.4 de la repetida LOUPMRG, tal plazo se amplió mediante resolución de 04.01.08, debidamente notificada a los interesados (folios 326 a 328), posibilidad que permite el artículo 42.6 de la LRJAPyPAC.

QUINTO.- Finalmente, el alegato de que lo ejecutado consistió en la distribución de una parcela única y no en una reparcelación es un argumento artificioso e inútil para merecer el éxito del recurso, ya que con independencia de que las parcelaciones, divisiones o segregaciones en suelo rústico están prohibidas en el artículo 206 de la LOUPMRG, en este caso se ejecutaron en la parcela (o parcelas) seis edificaciones, de las que una de ellas es de los actores y que no eran legales ni legalizables. Aunque la demanda no entra a analizar esa legalidad, debe repararse en que resultaban prohibidas, a tenor de lo dispuesto en los artículos 33 , 34 , 38 y disposición transitoria primer (punto 1.d) de la LOUPMRG, en relación con el artículo 25 de la Ley 22/1988, de 28 de julio , de costas, por lo que este último motivo debe decaer y, con él, la totalidad del recurso.

SEXTO.- No se aprecian motivos para hacer una expresa imposición de costas (artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante procesal de don Romeo y doña Rosalia contra la resolución presunta de la conselleira de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes, que confirmó, en vía de recurso de reposición, la resolución de su director xeral de Urbanismo de 27.03.08, en la que declaró ilegales las obras de construcción de cinco viviendas en el lugar de PLAYA000 , Boebre (Pontedeume) y ordenó su demolición. No hacemos condena costas.

Esta sentencia es susceptible de ser impugnada mediante el recurso ordinario de casación regulado en el artículo 86 de la LRJCA , que habrá de prepararse mediante escrito a presentar ante esta sala en el plazo de diez días.

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo a su centro de su procedencia, junto con