



Roj: **STSJ GAL 2309/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:2309**

Id Cendoj: **15030330022021100172**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **09/04/2021**

Nº de Recurso: **4232/2020**

Nº de Resolución: **181/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00181/2021**

**RECURSO DE APELACIÓN 4232/2020**

**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.:**

DÑA. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 9 de abril de 2021

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Galicia** el recurso de apelación nº 4232/2020 pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por Dña. Berta , y D. Gabriel , representados por el Procurador D. Julio Javier López Valcárcel, y defendidos por el Letrado D. Manuel Chao do Barro, contra la sentencia nº 70/2020, de fecha 27/04/2020, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 4 de A Coruña en el procedimiento ordinario 92/2017.

Es parte apelada LA AXENCIA DE PROTECCIÓN DA LEGALIDADE URBANÍSTICA, no personada en segunda instancia.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de A Coruña dictó la sentencia nº 70/2020, de fecha 27/04/2020, a en el procedimiento ordinario 92/2017, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Berta y D. Gabriel , representados por el Procurador D. Xulio Xavier López Valcárcel frente a la Axencia de Protección da Legalidad Urbanística, representado y bajo la dirección del Abogado de la Xunta de **Galicia**, Doña Cristina Díaz Carbajo, contra la resolución dictada por la Axencia de Protección da Legalidad Urbanística de fecha 16-2-2017. Se imponen las costas a los recurrentes, dentro de los límites del último fundamento de derecho.



**SEGUNDO.-** La representación procesal de Dña. Berta , y D Gabriel interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando que se *"declare a nulidade da sentenza recorrida e dítese resolución pola cal se entre no fondo do asunto, ao ser o dito recurso extraordinario de todo punto procedente, estimando a nosa demanda e procedendo, previa declaración de nulidade de pleno dereito do acto administrativo impugnado, a declarar que a edificación atopase en situación de fóra de ordenación e polo tanto, non procederá a demolición ordenada, por estar de acordo coa legalidade; de xeito subsidiario, declare, igualmente, a nulidade da sentenza impugnada, anule a resolución da APLU pola cal se inadmite a trámite o recurso de revisión, retrotraendo as actuacións ata o momento de interposición do dito recurso e ordenando á Administración a súa tramitación; con expresa imposición das custas á parte demandada de conformidade consonte co art. 139 da LXCA ."*

**TERCERO.-** Admitido a trámite el recurso de apelación, la Letrada de la Xunta de Galicia presentó escrito de oposición a la apelación, solicitando que se dicte sentencia en la que se confirme la Resolución recurrida y se impongan las costas del recurso a la recurrente.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personó la parte demandante-apelante, se admitió el recurso de apelación, y quedaron las actuaciones concluidas, pendientes de señalamiento para votación y fallo. Mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 8 de abril de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

### **PRIMERO.- Sobre el recurso de apelación.**

La parte apelante fundamenta su alegato relativo a la procedencia del recurso extraordinario de revisión por ella interpuesto contra la resolución de la APLU de 19/06/2015 por la que se ordena la demolición de la vivienda resultante de la ejecución de las obras objeto del expediente, aduciendo que esta resolución no preveía la demolición de todo el conjunto arquitectónico, sino solo la reposición de la legalidad urbanística al momento anterior a las obras de aumento de capacidad de la edificación preexistente. El inmueble ya existía cuando se produjeron las obras de aumento que dieron lugar al expediente NUM000 , por lo que la demolición pretendida en el acto de 17/10/2016 de toda la edificación no tiene sentido por ir en contra de lo recogido en la resolución mencionada, la cual devino firme.

Considera el apelante que hay un error fáctico palmario apreciable simplemente con la literosuficiencia del conjunto del expediente, en concreto las actas de inspección NUM001 e NUM002 que dieron lugar al informe técnico de 31/10/2014 que no ordena el derribo de todo el inmueble, sino tan solo constata que las obras de ampliación llevadas a cabo sin licencia no son legalizables y establece la reposición a la situación anterior al momento anterior a su ejecución. Además, y junto a ellas, está la solicitud de inclusión de la vivienda como fuera de ordenación de 13/04/2012, y con la prueba testifical practicada, queda acreditada la existencia de la vivienda, al menos, desde agosto de 1999.

Considera que se ha incurrido en un error puramente fáctico, palmario y apreciable a simple vista, con el simple cotejo de los documentos existentes en el expediente, ya que nunca estuvo en discusión la demolición de todo el conjunto arquitectónico, sino solo las obras de exceso, en las que se concretaría la violación de la legalidad urbanística.

### **SEGUNDO.- Sobre los caracteres del error de hecho valorable en el marco de un recurso extraordinario de revisión.**

En la resolución del recurso apelación debemos partir de una premisa esencial, que condiciona la posibilidad de examinar las cuestiones suscitadas por la parte apelante. El objeto del procedimiento jurisdiccional no era la impugnación de la resolución de un expediente de reposición de la legalidad urbanística en el marco de un recurso ordinario, sino la impugnación de la resolución que inadmitió el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la misma.

Se trata de valorar si al dictar la resolución impugnada con este recurso extraordinario se ha incurrido o no un error de hecho, que resulte de los documentos incorporados al expediente.

El error de hecho que puede fundamentar un recurso extraordinario de revisión ha de ser manifiesto, resultante de los propios documentos incorporados al expediente; y por errores de hecho se ha de entender aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, acción de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse, sin que sea lícito aplicar la técnica del error



de hecho a cuestiones que de ofrecer algún posible error sería de derecho, incluso aunque estos hipotéticos errores jurídicos sean manifiestos y patentes» ( Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 08/04/2009, recurso de casación 2164/2007, ECLI ES:TS:2009:2237 ).

La jurisprudencia ha reiterado que solo cabe valorar en el marco del recurso extraordinario de revisión errores de hecho, no jurídicos. La STS de 29-5-2015, nº recurso casación 519/2013, explica que: « *El recurso de revisión está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción y, desde luego, no puede promoverse como consecuencia únicamente de un error iuris. Así lo tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en diversas resoluciones de las que podemos citar, al margen de las ya citadas de esta Sala, el ATS de la Sala 2.ª de 18 de junio de 1998 , y la STS de la Sala 5.ª de 27 de enero de 2000 , así como las SSTC 245/1991, de 16 de diciembre y 150/1997, de 29 de septiembre* ».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26-1-2016 (RCA 240/2014) interpreta el alcance de la revisión de los errores y, si hay necesidad de entrar a valorar jurídicamente algún elemento, ya no tendría cabida dentro de este supuesto:

« *Como primera cuestión, plantea la demanda que la resolución administrativa impugnada infringió el apartado 1 del art. 118.1 de la Ley 30/1992 , que permite interponer recurso extraordinario de revisión contra los actos firmes en vía administrativa, cuando "al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente". Por tanto, para que pueda prosperar el recurso extraordinario de revisión con fundamento en este motivo, será preciso, en primer lugar, que exista un error de hecho, como realidad independiente de los criterios interpretativos de las normas jurídicas aplicables, y en segundo lugar, que dicho error resulte de la simple confrontación del acto impugnado con los documentos incorporados al expediente administrativo, sin necesidad de acudir a elementos ajenos al expediente para apreciar el error*».

Debe recordarse que la esencia de los tres primeros motivos del recurso extraordinario de revisión regulados en el artículo 125.1 de la LPAC 39/2015 (y antes el artículo 118.1 de la LRJPAC 30/1992) responde al propósito común de subsanar las consecuencias del error de hecho en que pueda haber incurrido la actuación administrativa impugnada y cuando tal error fáctico sea constatado por las diferentes vías que en ellos se indican (el propio expediente; los documentos de valor esencial que no estuvieron a disposición de los interesados y posteriormente hayan sido recobrados; y la declaración judicial de falsedad de los documentos o testimonios que fueron decisivos para la resolución administrativa).

También debe señalarse que será de apreciar tal error cuando la resolución administrativa haya partido de un hecho que con posterioridad se haya demostrado inexistente o incierto, o cuando haya omitido un hecho cuya ponderación habría conducido necesariamente a un resultado distinto ( STS 3ª - 28/04/2009, recurso de casación 9974/2004).

También debe indicarse, en términos de la Sentencia de 17 de septiembre de 2004 (recurso de casación nº 4714/2002), que " *En cuanto al cumplimiento del requisito primero de los enumerados en el artículo 118 de la Ley 30/1992 , para que se hubiera producido un error de hecho tendría que haberse demostrado que existió dicho error respecto a una circunstancia puramente fáctica y que ello hubiera dado lugar a la nulidad de la resolución, en este caso de la dictada al resolver el recurso administrativo ordinario*».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2005, recurso 7405/1999, señala respecto al concepto de error de hecho lo siguiente :

« *El error de hecho y el error de derecho son categorías diferentes.*

*Hay error de hecho en una resolución administrativa cuando el órgano administrativo que la dictó apoya su decisión en hechos inexistentes o no pondera otros que son reales y relevantes para lo que había de resolverse; y esta clase de error constituye la circunstancia 1ª del artículo 118.1 de la LRJ/PAC cuando la inexactitud o la omisión, determinante del desacierto en la apreciación fáctica, resulta de las propias actuaciones obrantes en el expediente administrativo donde fue dictada la resolución cuya revisión se pretende.*

*Hay error de derecho cuando no hay controversia sobre los hechos materiales que tuvo en consideración el órgano administrativo y, sin discutirse esa realidad fáctica o material, la polémica que pretende suscitarse está referida a la calificación formal que en un plano normativo haya sido dada a los hechos o a las consecuencias jurídicas que se hayan hecho derivar de esos mismos hechos*».

*Debemos colegir que la diferencia entre ambas categorías de error está en el elemento de discusión entre la Administración y el administrado en relación con un acto administrativo; así, no hay error de hecho cuando los hechos materiales, presupuestos fácticos y circunstancias concurrentes en el dictado del acto son indiscutidas, surgiendo la discrepancia en la valoración de las mismas y en su calificación jurídica, supuesto en que se declara la existencia de un error de derecho.*



*De este modo, cuando el objeto de discusión se centra en vicios jurídicos, «no tienen su cauce en el recurso extraordinario de revisión sino en los medios ordinarios de impugnación. Por lo tanto, no se puede reputar incorrecto el pronunciamiento de inadmisión que sobre tal recurso extraordinario adoptó la resolución administrativa directamente recurrida en el proceso de instancia y que no entrara en el estudio completo de fondo de tales vicios jurídicos.».*

### **TERCERO.- Sobre la aplicación al caso de los perfiles del error de hecho.**

La recurrente parece querer imputar la existencia de un error de hecho a la resolución dictada en fecha 17 de octubre de 2016, ya que según su planteamiento incurriría en un exceso al ordenar la demolición de toda la edificación, y no solo de las obras de ampliación más recientemente ejecutadas, interpretando que la limitación de la demolición a las obras de ampliación -preservando la edificación preexistente- se deduciría de la propia resolución del expediente de reposición de la legalidad dictada en el año 2015.

Sin embargo, es evidente que no se ha producido ese error denunciado por la parte aquí apelante, careciendo de lógica y sentido su argumentación, desde el punto y hora en que su recurso extraordinario de revisión no se interpuso contra la resolución de 17 de octubre de 2016, sino frente a la resolución de 18 de junio de 2015 que ordenaba reponer la legalidad. Si el recurso extraordinario de revisión, fundamentado en la existencia de un error de hecho, se interpuso contra la resolución de 18 de junio de 2015 y no contra la posterior de 17 de octubre de 2016, no es posible sostener que hay un error de hecho en esta última resolución, por un supuesto exceso respecto al contenido de la orden de demolición dictada en el año 2015, ya que el recurso administrativo extraordinario de revisión se interpuso precisamente contra la primera resolución del 2015, y no contra la segunda de 2016, a la que ahora parece querer reprochar haber incurrido en el error de hecho, cuando no fue la resolución impugnada con el recurso extraordinario, inadmitido por el acto cuya impugnación es el objeto del presente contencioso.

En realidad no hay ningún error, porque tanto la resolución de 17 de octubre de 2016 como la previa resolución de 18 de junio de 2015 (que es la impugnada con el recurso extraordinario de revisión), coinciden a la hora de concretar el contenido de la orden de demolición, que se proyecta sobre la totalidad de la vivienda, entendida como realidad constructiva única y transformada por las obras de ampliación, que no integran una edificación independiente ni una realidad física autónoma susceptible de ser ella la exclusiva acreedora de la orden de demolición.

Así, en la resolución de 18 de junio de 2015, y en la que resuelve el recurso de reposición contra la misma, se acordó lo siguiente:

*"Declarar que as obras e actuacións realizadas en solo rústico sen autorización urbanística autonómica consistentes na execución de obras de ampliación e consolidación dunha vivenda unifamiliar existente no lugar de Aión-Centroña, no termo municipal de Pontedeume, provincia da Coruña, non son legalizables por seren incompatibles co ordenamento urbanístico". Y a continuación se "ordena a demolición da vivenda resultante da execución das obras obxecto deste expediente e a reposición dos terreos afectados ao estado anterior ao seu inicio a súa costa, así como o cese doe suso aos que desen lugar...".*

Teniendo en cuenta que el recurso extraordinario de revisión se interpuso contra esta resolución, y no contra la posterior del año 2016, es evidente que el propio demandante era consciente que ya desde esa resolución del año 2015, que puso fin al expediente de reposición de la legalidad, se determinó el carácter ilegalizable de las obras de ampliación y la demolición de toda la edificación, no solo de las obras de ampliación. Este tratamiento unitario de la totalidad de la edificación, sin distinguir el inmueble preexistente de la parte ampliada, se fundamenta en el hecho de que nos encontramos ante una nueva realidad constructiva que, como se explica en la resolución que inadmite el recurso extraordinario de revisión, duplica la preexistente, y que no se considera legalizable.

No hay error de hecho, porque la Administración nunca ha desconocido que las obras de ampliación se realizaron sobre un inmueble preexistente, respecto al que se había solicitado la declaración de fuera de ordenación. Este aspecto fáctico, en el que insiste el apelante, no es desconocido ni ignorado por la resolución del expediente de reposición de la legalidad. Pero tanto en esta como en la posterior del año 2016 se realiza un juicio valorativo, de tipo jurídico, a la hora de concretar el alcance de la orden de demolición, que no se restringe a las nuevas obras de ampliación, sino que acaba afectando a la totalidad de la edificación, incluso a la parte preexistente, y ello lo hace siguiendo un criterio jurídico, con el que obviamente discrepa la apelante, conforme al cual en estos casos de realización de obras de ampliación que exceden de las de mera conservación permisibles en el régimen de fuera de ordenación, se puede acabar creando una nueva realidad constructiva indivisible, que transforma la realidad preexistente, siendo esa nueva realidad física indivisible, esa vivienda resultante de las obras de ampliación, en su totalidad inescindible, la que se erige en objeto de la orden de



demolición, al haber desaparecido la vivienda que, en su caso, podía haber pervivido bajo el amparo del régimen de fuera de ordenación.

Es decir, tanto la resolución del año 2015 como la posterior del año 2016 en ningún momento contraen la orden de demolición (como alega el apelante), a las obras de ampliación de la cubierta, sino que se referían a la totalidad de la vivienda tras las obras ejecutadas. El apelante incurre en una contradicción que evidencia la falta de consistencia de su argumentación al pretender la existencia del error de hecho en la resolución del año 2016 por exceder (supuestamente) del contenido de la orden de demolición dictada en el año 2015 (según él, restringida a las nuevas obras), cuando en realidad el recurso extraordinario de revisión fundamentado en un error de hecho a la hora de identificar la extensión de la orden de demolición lo interpuso contra la resolución del año 2015 (la que, según el planteamiento actual del apelante, identificaría correctamente el contenido de la orden de demolición, solo por referencia a las nuevas obras).

En realidad, no estamos ante una equivocación de tipo fáctico, ya que la APLU no ha ignorado que la vivienda resultante responde a la modificación ampliatoria más reciente realizada sobre un inmueble preexistente más antiguo, sino que, asumiendo esa realidad fáctica, considera que la nueva realidad constructiva nacida a consecuencia de las obras ejecutadas, no puede, en cuanto nueva construcción, beneficiarse del régimen excepcional de fuera de ordenación del que disfrutaba la construcción precedente -extremo que no se ignora-, por considerar que dicha construcción precedente se ha visto transformada, ya no existe, al haber sido reemplazada por una nueva realidad constructiva, que al destinarse a un uso prohibido por la normativa aplicable, debe ser demolida.

La parte apelante se opone a ese criterio valorativo y pretende una diferenciación entre las partes de la edificación, la más antigua y la ampliación más moderna. Pero la revisión de ese criterio valorativo en cuanto a la definición del alcance y extensión de la orden de demolición, y su posible afectación a la totalidad del inmueble ampliado con las obras objeto del expediente, excede del contenido propio de un recurso extraordinario de revisión, ya que no se trata de un error de hecho, es decir, la APLU no ha tratado a la vivienda como si dicha edificación en su totalidad hubiese sido el resultado de una única acción constructiva reciente, y no ha ignorado que en realidad se realizaron obras de ampliación sobre una edificación más antigua.

En cuanto a la alusión al régimen de fuera de ordenación respecto a la edificación preexistente a las obras de ampliación, la APLU no ha incurrido en el error de obviar la existencia de tales obras preexistentes, sino que ha aplicado un determinado criterio valorativo, al considerar que las obras que podían estar, en su caso, en fuera de ordenación eran las obras preexistentes, pero no la nueva realidad constructiva nacida a consecuencia de las obras ejecutadas, que no puede, en cuanto nueva construcción, beneficiarse del régimen excepcional de fuera de ordenación del que disfrutaba la construcción precedente que ya no existe, al haber sido reemplazada por una nueva realidad constructiva, que al destinarse a un uso prohibido por la normativa aplicable, debe ser demolida.

Es decir, no hay error en la Administración en la toma en consideración de las fechas de ejecución de cada una de esas fases de la edificación litigiosa ni respecto a los datos contenidos en las actas de inspección.

Lo que sucede es que la APLU considera, en una valoración técnico-jurídica de los documentos del expediente, que la edificación resultante tras las obras de ampliación constituye una única realidad constructiva, con independencia de las fechas en que se hayan ejecutado sus diferentes partes, y este criterio técnico-jurídico resulta concordante con el criterio general de esta Sala.

No hay, por tanto, un error manifiesto, ostensible, indiscutible que se resuelva con la simple observación de un documento del expediente, sino que se pretende por apelante una operación de calificación jurídica para exceptuar el presente caso de lo que viene siendo la doctrina general de esta Sala en el tratamiento del cómputo del plazo de la acción de reposición de la legalidad, referida a la consideración unitaria de las realidades constructivas únicas e indivisibles, y conforme a la cual se viene sosteniendo un tratamiento unitario, a efectos del cómputo del plazo de la acción de reposición de la legalidad urbanística, cuando se trata del resultado de procesos constructivos prolongados en el tiempo sobre realidades constructivas **previas**.

En este sentido cabe citar la **sentencia de esta Sala nº 150/2008, de 6 de marzo de 2008, PO 4583/2005**, en la que se justifica el tratamiento unitario de las obras a efectos de determinar la ley aplicable y la prescripción en estos términos:

*"...las referidas obras se estaban realizando cuando ya había entrado en vigor la Ley 9/2002, de 30 de diciembre de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, integrando dichas obras una nueva realidad constructiva que como tal ha de ser contemplada, lo que en absoluto se ve desvirtuado por el hecho de que en tal nueva realidad resulten absorbidos antiguos elementos que con la referida integración pasan a constituir mera parte de la nueva realidad. En definitiva, han de ser rechazadas las alegaciones de la parte actora anudadas a la*



*puesta en cuestión de la aplicabilidad de la Ley 9/02, y referidas a competencia y prescripción. Al mismo tiempo atendiendo a la mencionada realidad resultante de la documentación gráfica recogida en el expediente y a la obligada valoración de las obras como determinantes de una nueva realidad, esta última ha de ser apreciada en su integridad, no siendo aceptable la pretendida disección de partes de la obra."*

En igual sentido la **Sentencia núm. 88/2006, del 9 de febrero de 2006, de esta misma Sala y Sección (PO 5079/2002)**, atiende al hecho de que el expediente " se refiere a obras que todavía estaban ejecutándose en el año 1998, según resulta del informe de la Policía Local de Bueu, de 7 de abril de 1998, (folio 37 expte), en el que se da cuenta de obras de remate exterior de aleros y ventanas, así como de obras interiores de distribución y acondicionamiento para procurar la habitabilidad, que por otro lado excluyen radicalmente la prosperabilidad de la alegación sobre prescripción, siendo de tener en cuenta que dichas obras suponen una evidente transformación con generación de una nueva realidad a la que hay que atender a efectos de valoración de la prescripción, no dependiendo esta última de elementos constructivos anteriores que resultan integrados como una aportación más en la nueva realidad resultante".

Este criterio se confirma en la **sentencia de esta Sala y Sección de 31/03/2011, recurso de apelación 4466/2010**, al afirmar:

*"La resolución objeto de recurso parte de la base, que acoge en su integridad la sentencia de instancia, de que no puede apreciarse la caducidad alegada para la acción de reposición de la legalidad urbanística ejercitada, respecto de las obras ejecutadas con posterioridad al año 1996, dado que el plazo estipulado para la prescripción de la acción restauradora por la normativa en vigor, no empieza a correr sino desde la fecha de total remate de las obras, y en tal sentido afirma que la actividad constructiva del denunciado tiene que ser considerada como una unidad edificatoria desde al menos 1996 continuada a lo largo de los años y que aún no había rematado en 5 de febrero de 2007. (...)*

*....constituyendo todo ello un todo constructivo no puede negarse validez a lo afirmado en la resolución recurrida y recogido en la sentencia de instancia en el sentido de que la unidad edificativa resultante ha derivado claramente de una actividad continuada a lo largo de los años, sin contar en ningún caso con licencia municipal, sin que quepa realizar como pretende el recurrente una a modo de dirección o separación modular, cuando consta la unidad económica y física de la construcción.*

*Y sobre tal base es lo cierto que el plazo que ha de tenerse en cuenta para determinar la prescripción, o como es el caso, la caducidad de la acción restauradora de la legalidad, ha de ser, dado que su cómputo no comienza a contar sino desde el total remate de las obras, o, en su caso, de la interrupción de las últimas de ampliación llevadas a cabo el fijado en la legislación vigente en dicho momento, esto es, el fijado en el art. 2010.1 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, no cabe entender caducada la acción repositoria ejercitada."*

En un supuesto similar al presente, la **sentencia de esta Sala y Sección nº 289/2014, de 27 de marzo, recurso 4061/2014**, confirma en apelación la sentencia de instancia que consideraba: "*... que aunque las obras en la edificación de nueva planta (planta baja y cubierta) se ejecutasen sobre una edificación de semisótano preexistente, esta ampliación determina el nacimiento de una nueva realidad constructiva única e indivisible a efectos del cómputo del plazo de caducidad de la acción, de forma que la totalidad de la nueva se puede ver sometida al alcance de la acción de reposición de la legalidad".* Y para ello afirma: "*Ha de compartirse el criterio de la sentencia apelada: realmente no puede procederse a escindir las diferentes partes de la vivienda, que se presenta como un todo indivisible. Y ello es así desde el momento en que no se trata de unas meras obras de reforma, o de conservación, o de mejora, sino que se trata de una auténtica nueva construcción que no se puede dividir."*

En la **sentencia de esta Sala y Sección de 10 de abril de 2014, recurso de apelación 4586/2007**, se dice: "*Respecto a que las obras litigiosas se llevaron a cabo sobre una planta baja previamente existente, fue el actor el que creó con ambas una unidad, por lo que tienen que ser consideradas como un todo, aparte de que no consta que esa construcción anterior hubiese obtenido licencia, pues la que aportó el recurrente tiene por objeto exclusivamente un cierre. Por todo ello el recurso tiene que ser desestimado."*

La parte apelante pretende apartarse de este criterio unitario, tratando de justificar la separación de las obras ejecutadas más recientemente de incremento de altura y volumen, obviando que pasan a integrar una única realidad constructiva, distinta a la anterior, lo que motiva que la orden de demolición se proyecte sobre la totalidad de esa nueva realidad constructiva.

Pero lo cierto es que tales obras se integran en esa edificación preexistente, suponen una ampliación de altura y volumen de la misma, forman parte de la misma realidad constructiva, a la que dan continuidad, lo que justifica el criterio aplicado por la APLU de considerarlas parte de la misma realidad constructiva unitaria, al



formar parte de la misma realidad física y funcional, dentro de una misma edificación con destino a vivienda unifamiliar.

La disección que se realiza por el apelante en las diferentes partes de la edificación para preservar la planta baja supone la aplicación de un criterio valorativo o técnico, que excede de las limitaciones propias del recurso extraordinario de revisión, por cuanto el error de hecho alegable y apreciable tiene que referirse a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, debiendo poseer las notas de ser evidente, indiscutible y manifiesto ( STS de 6 de marzo de 2008, recurso casación 5686/2006,) y versar sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, acción de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse, sin que sea lícito aplicar la técnica del error de hecho a cuestiones que de ofrecer algún posible error sería de derecho, incluso aunque estos hipotéticos errores jurídicos sean manifiestos y patentes ( Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 08/04/2009, recurso de casación 2164/2007).

La resolución de la APLU no desconoció ni ignoró la realidad fáctica de las diferentes fechas en que se ejecutaron las obras sino que, partiendo de esa realidad fáctica, no controvertida, y respecto a la que no incurrió en ningún error, lo que hizo fue aplicarle un criterio valorativo determinado, congruente con la jurisprudencia de esta Sala, al entender que se producía una continuidad en el proceso constructivo de una única realidad edificatoria, que debía merecer un tratamiento unitario a efectos de caducidad de la acción de reposición de la legalidad. Se trata de una opción en la calificación de los hechos, una valoración técnico-jurídica en aplicación de un criterio interpretativo, coincidente con el aplicado de forma constante de esta Sala, que requiere la realización de una operación de calificación jurídica, que desborda el ámbito del recurso extraordinario de revisión; y que en todo caso la valoración técnico-jurídica de la APLU resulta razonable, y no se puede considerar, que la resolución recurrida haya incurrido "en un error, ostensible y manifiesto, deducible de los propios documentos obrantes en el expediente", ya que con independencia de la fecha de ejecución de la edificación preexistente, se ha considerado que no era posible la disección de la obra por partes.

En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación.

#### **CUARTO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1.000 euros por todos los conceptos.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

**1º.** DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Berta y de D. Gabriel , contra la sentencia nº 70/2020, de fecha 27/04/2020, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 4 de A Coruña en el procedimiento ordinario 92/2017, y CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia recurrida.

**2º.** Con imposición de las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1.000 euros, por todos los conceptos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y **comunicación**, una vez firme esta sentencia.



Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ