

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 GIJON

SENTENCIA: 00215/2015

-

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2014 0000071

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000072 /2014 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: LOPD

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª: LOPD

Contra D./Dª ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON, ENGRACIA BOTO FERNANDEZ

Letrado: LOPD REZ

Procurador D./Dª LOPD ,

SENTENCIA

En GIJON, a veinticuatro de Noviembre de dos mil quince.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 72/2014, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Don LOPD, representado por la Procuradora Doña LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD; de otra como demandadas el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD, y Doña LOPD, representada y asistida por la Letrada Doña LOPD; sobre urbanismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el recurrente se presentó en este Juzgado recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibándose

posteriormente el pleito a prueba y practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 24-1-14 por la que se acuerda conceder la modificación solicitada por [REDACTED] LOPD de la licencia de obras concedida por resolución de 6-6-05 y prorrogada por resolución de 19-7-07 para la construcción de vivienda en Camino de los Saucos [REDACTED] LOPD (Somió) consistiendo la citada modificación en movimientos de tierra y pequeñas modificaciones en la distribución y alturas de la casa para ajustar la edificación a la edificabilidad real de la parcela.

Se señala en la demanda que en abril de 2005 Doña [REDACTED] LOPD [REDACTED] LOPD solicita al Ayuntamiento de Gijón licencia para la construcción de vivienda unifamiliar, con proyecto básico y de ejecución redactado por el arquitecto D. [REDACTED] LOPD [REDACTED] LOPD. Se indica como situación la Urbanización Cimalmonte parcela [REDACTED] LOPD, La Pipa, Somiό, aunque la finca no estaba integrada en el Plan Especial de Reforma Interior de Cimalmonte aprobado por acuerdo plenario de 11-1-91, sino que solo una parte de la misma formó parte en su día de su ámbito, en concreto el 33,33%, pues de los 810 m² de la finca, 540 m² pertenecían a finca colindante ajena al PERI. En dicho proyecto se indica que la superficie de la finca es de 810 m² y señala como resumen de superficies: total superficie útil garaje y anexos, 86,50 m²; total superficie construida garaje y anexos 101,38 m²; total superficie útil vivienda, 110,33 m²; total superficie construida vivienda, 139,05 m²; total superficie porches 11,83 m²; total superficie construida 252,26 m². En cuanto al cómputo de superficies se señala: Superficie computable planta semisótano, 6,69 m²; superficie computable planta baja, 101,38 m²; superficie computable porches, 0,00 m²; superficie computable planta piso, 37,67 m². Total superficie computable 145,74 m².

Se indica que la parcela está calificada como Suelo Urbano, Baja Densidad, con una edificabilidad de 0,18 m²/m², lo que supone una edificabilidad máxima de 145,80 m² (810 m² x 0,18 m²/m²). Esta edificabilidad máxima recogida en el proyecto aprobado en la licencia otorgada en el año 2005 y aceptada por los técnicos municipales será posteriormente modificada al alza para legalizar la obra ejecutada. También se recoge que cumple la condición de 4 metros de separación a linderos.

Se indica que si se analiza el Plano 01 se constata como entre los vértices Este y Oeste en los que se emplazará la vivienda, existe una diferencia de cota de 4 metros (descendientes hacia el Oeste). Esta diferencia de cotas de la rasante natural es un dato sumamente relevante y que con posterioridad también alterará el técnico de la promotora.

Sigue la demanda que el 26-5-05 presentan un nuevo Anexo donde se varía mínimamente la superficie edificable que de 145,7 m² pasa a 145,35 m². Mediante resolución de 6-6-05 se concede licencia de obras. Por nueva resolución de 19-7-07 el Concejal Delegado accede a la prórroga de 6 meses para el

inicio de las obras. Iniciadas las obras, el Ayuntamiento, por resolución de 21-3-11, requiere a la Promotora para la restauración de la legalidad infringida mediante la legalización de las modificaciones realizadas en la construcción de la vivienda no ajustadas a la licencia concedida y ordena la demolición de las obras en los excesos detallados por el topógrafo Municipal (altura admisible de coronación y cornisa) así como el resto de los movimientos de tierra efectuados que resultan ilegalizables a la vista de lo informado por el Arquitecto Municipal. Contra la referida resolución se interpone recurso de reposición. Con fecha 25-5-11, Doña [REDACTED] formula nuevamente alegaciones. El recurso es desestimado en virtud de resolución de 15-5-12, que confirma la anterior, reitera el anterior requerimiento de demolición para lo que le otorga un plazo de dos meses y ordena la paralización de todas las obras que pudieran estar realizándose y que resulten coincidentes con la que tiene que ser objeto de demolición.

Se añade que en fecha 8-6-12 Doña [REDACTED] presenta escrito solicitando una ampliación del plazo en tanto se redacta proyecto de modificación ante lo que el Ayuntamiento en virtud de resolución de 27-8-12 se reitera en lo ordenado por la resolución de 15-5-12. Con fecha 2-10-12 Doña [REDACTED] presenta proyecto de modificación de Proyecto Básico y de Ejecución de Vivienda Unifamiliar. El Ayuntamiento la requiere mediante resolución de 9-1-13 para que corrija y complete en el plazo de 10 días el Proyecto a fin de cumplir varias especificaciones. Por resolución de 2-9-13 se reitera el requerimiento formulado en la resolución de 9-1-13. El 21-9-13 Doña [REDACTED] presenta nueva documentación denominada Anexo a la Modificación de Proyecto Básico y de Ejecución de la vivienda unifamiliar, a la vista de la cual, en fecha 21-10 el Arquitecto Municipal informa que la misma "no justifica que se modifique el informe anterior de fecha 30 de agosto de 2013, por lo que se reitera dicho informe", que asume la Concejala Delegada y mediante resolución de 3-10-13 reitera, igualmente, el requerimiento de documentación efectuado en fecha 2-9-13. En fecha 23-10-13 Doña [REDACTED] presenta anexo 2º a la Modificación del Proyecto de vivienda unifamiliar aislada aportando el 18-12, previo requerimiento, la misma documentación visada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias.

Se señala que en un giro inexplicable y prescindiendo de los informes y decisiones anteriores, contrarias a la legalización, por resolución de 24-1-14 se concede la modificación de la licencia de obras solicitada, manteniendo las condicionales señaladas en la licencia anterior.

Como fundamentos de derecho se alega que se incumple la superficie máxima edificable al aplicar erróneamente la superficie que debe de computarse para poder calcular la misma. La superficie que debe de tenerse en cuenta para su cálculo es, única y exclusivamente, la superficie de la parcela en la que se construye, que tiene 810 m²; que no se ha respetado la rasante natural del terreno y se ha incumplido la primera condición particular de la licencia del modificado al haber realizado movimientos de tierra a menos de 4 metros de los linderos; se alega la forma incorrecta de medición de las

alturas a cornisa lo que arroja siempre una altura inferior a la que es en realidad; la pendiente de la cubierta en la zona de la caja de escalera excede de la máxima permitida que es del 80%. La pendiente que se obtiene es del 90%.

Por la Administración demandada y la parte codemandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Constituye el objeto de recurso la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 24-1-14 por la que se concede la modificación solicitada de la licencia de obras concedida por resolución de 6-6-05 y prorrogada por resolución de 19-7-07, para la construcción de vivienda en Camino de los Saucos nº [REDACTED] (Somió), consistiendo la citada modificación en movimientos de tierra y pequeñas modificaciones en la distribución y alturas de la casa para ajustar la edificación a la edificabilidad real de la parcela, habiéndose renunciado en el escrito de demanda (folio 55 vuelto de la causa) a impugnar la resolución de 6-6-05.

El otorgamiento de licencia mediante la resolución de 24-1-14 se basa en el informe técnico del arquitecto municipal de 6-11-13 (folio 92 del expediente 015280/2005 en el que se señala que se presenta anexo 2º a la Modificación del proyecto de vivienda unifamiliar para adaptarlo a la normativa debido a las conducciones enterradas encontradas en la parcela durante la ejecución de las obras. Consisten en movimientos de tierra y pequeñas modificaciones en la distribución y alturas de la casa para ajustar la edificación a la edificabilidad real de la parcela (162.452 m²) y a la topografía sobre la que se ubica sobre una parcela que en el momento de la solicitud de la licencia estaba calificada como suelo urbano baja densidad 4-Urbanización Cimalmonte en la Revisión del PGO (aprobación definitiva 13-5-11) (Bopa 20-5-11) como Ordenanza 5.3.2 en el documento de revisión de 2004 y en la actualidad se encuentra en suelo urbano regulado por la Ordenanza 5. Grado 3, se ajusta a lo previsto en estos documentos y cumple normas y ordenanzas de aplicación, por lo que se propone la concesión de la licencia solicitada con mismas condicionales que la licencia anterior.

El recurrente concreta los incumplimientos de la licencia otorgada en: 1) la superficie máxima edificable; 2) Falta de respeto de la rasante natural del terreno e incumplimiento de la primera condición particular de la licencia del modificado, al haber realizado movimientos de tierra a menos de 4 metros de los linderos; 3) Incorrección en la forma de medir las alturas a cornisa y 4) La pendiente de la cubierta en la zona de la caja de escalera excede de la máxima permitida que es del 80%.

Se presenta como litigiosa la cuestión de si resulta aplicable al proyecto aprobado, el PERI de Cimalmonte; tanto porque la parcela está parcialmente fuera de la delimitación del PERI, sin que ésta se modificara, como porque la normativa del mismo no ha sido publicada.

En cuanto a lo primero, es cierto que la parcela litigiosa se encuentra solo en parte dentro del perímetro del PERI, como se constata en el gráfico obrante en la página 8 del informe pericial de D. [REDACTED], (folio 81 de la causa).

edificable en la parcela. Respecto a los movimientos de tierra se indica que se han llevado a cabo movimientos de tierra en la parcela más allá del propio perímetro de la edificación, llegando en algún caso hasta el límite con la parcela colindante y que como consecuencia de los movimientos de tierra efectuados se ha alterado la rasante natural del terreno existiendo en el punto más desfavorable una diferencia de 2,86 m. En lo que se refiere a la altura de cornisa se señala que existe una mayor altura de la cornisa de la permitida en los siguientes puntos: En la fachada Este, en la zona donde comienza a considerarse la planta alta como torreón, el exceso es de 1,52 m, en la fachada Norte es de 0,57 m, en la confluencia de ésta con la fachada Este, 0,67 m en la arista derecha zona de torreón y 0,17 m arista derecha de confluencia con la fachada oeste. Respecto a la pendiente de la cubierta en la zona de la fachada Este, correspondiente a la escalera se señala que la pendiente de la cubierta en esta zona es del 51,30% por debajo del 80% permitido por la Ordenanza. Y añade el perito que la causa de la elevación de la edificación respecto al nivel previsto en el proyecto, con el consiguiente aumento de alturas y de la rasante actual, según documentos observados en el expediente, se debió a la aparición de una tubería enterrada del saneamiento de aguas de la zona que atravesaba la parcela y obligó a elevar el nivel de cimentación de la edificación.

Ocurre, tal y como declaró el perito en su comparecencia judicial, que su informe estaba realizado teniendo en cuenta lo allí construido (minuto 27,15 del segundo video de la grabación), reiterando que las medidas las hizo sobre el hecho consumado (minuto 29), sobre lo allí construido, sobre la edificación, no sobre el proyecto. Y en este sentido dicho perito al ser preguntado si la resolución recurrida cuando da licencia al proyecto presentado cumple en las materias discutidas (con la normativa) contestó (minuto 26,50) que en ese sentido sí. Preguntado como podía decir esto si no había estudiado el proyecto (minuto 31) contestó que porque había visto el proyecto y hay una partición de la altura del cuerpo norte donde está el torreón precisamente para adaptarse a la altura de cornisa, lo que pasa que no está ejecutado allí.

TERCERO: Respecto al incumplimiento de la superficie máxima edificable, el perito Sr. LOPD en su informe señala (folios 90 y 91 de la causa) que en el Proyecto Básico y de Ejecución (abril 2005) la superficie edificable que se indica es de 145,74 m². En el anexo a dicho proyecto (mayo 2005) ya se indica 145,35 m². En el modificado de Proyecto Básico y de Ejecución (septiembre 2012) la cifra que se indica es de 154,85 m². Esta edificabilidad es mantenida en el anexo a la modificación y 2º anexo a la modificación, señalando dicho perito que la superficie construida está por encima de la superficie máxima edificable, teniendo en cuenta que la edificabilidad de la parcela es de 145,80 m² (810 m² x 0,18 m²/m²). El perito judicial señala (folio 498 de la causa) que la edificabilidad neta permitida es de 145,80 m² y que la superficie edificada a efectos de edificabilidad sería de 152,50 m².

Sin embargo a la edificabilidad neta de 145,80 m² (810 m² x 0,18 m²/m²) ha de añadirse la procedente de la mitad indivisa

de la titularidad ob-rem que tiene la parcela 3 (litigiosa) de la parcela 4 de la Urbanización con una superficie de 47,86 m² (dicha parcela aparece delimitada con color amarillo en el gráfico obrante al folio 81 de la causa), y la que procede como vinculación ob-rem de una mitad indivisa de una participación indivisa de tres noventa y seis avos en los tres trozos de terreno que se identifican como calles A, B y C que se integran en la Urbanización Cimalmonte, todo ello según la escritura de compraventa otorgada por la codemandada. La suma de tales parcelas ofrece un resultado de 162,452 m², que admite el informe técnico municipal de 6-11-13, ya reseñado. La posibilidad de tomar esta última edificabilidad tiene su apoyo en el PERI de Cimalmonte donde al calcular la edificabilidad de su ámbito incluye las cesiones de uso público y los viales interiores (folios 25 y 26 de dicho expediente), por lo que no se aprecia incumplimiento de la normativa urbanística en cuanto a este punto.

Respecto a los movimientos de tierra se señala por el perito D. [REDACTED] ^{LOPD} que en el anexo al proyecto Básico y de Ejecución presentado en mayo de 2005 se puede ver que la rasante del terreno original estaba situada por encima de la rasante que se realizaba, incumpliendo la normativa que indica que no puede alterarse el relieve primitivo del terreno a distancias inferiores a 4 metros de los linderos (folio 91 de la causa). Sigue el informe que esta rasante esta situada unos 50 cm como mínimo por debajo de la línea que existe actualmente. Sigue el informe (folio 93 de la causa) que esto hace que la línea que marca el terreno en los planos se sitúe esos 50 cm más abajo en todas las fachadas con el consiguiente aumento de la cota de cornisa. Además se indica en el plano presentado con el anexo 2º, en el alzado Este, que la diferencia de nivel entre la fachada Norte (cota 105,47) y el nivel de la fachada Sur (cota 102,47) existen 3 metros.

Sin embargo el art. 8.1.67 del PGO permite la realización de movimientos de tierra con la excepción de los 4 metros a linderos de colindantes, que son 3 metros en el caso del PERI de Cimalmonte (folio 67 de su expediente), en las condiciones establecidas en dicho precepto, debiendo en este caso prevalecer el criterio del arquitecto municipal en su informe de 6-11-13, así como las manifestaciones del perito en su comparecencia judicial sobre el cumplimiento del proyecto de la normativa aplicable, debiendo reiterarse que una cosa es el estado real del terreno y otra las actuaciones proyectadas en el último proyecto presentado, que ha obtenido licencia, dirigidas a subsanar los incumplimientos actuales.

En cuanto a la forma de medición de alturas a cornisa, resulta de aplicación el art. 5.2.31 del PGO de 2011, según el cual para determinar la altura de la edificación respecto de la cota de origen y referencia, estas Normas emplean: a) Nivel de cornisa: Es el de la intersección de la cara superior del forjado que forma el techo de la última planta con la fachada del edificio. En su comparecencia judicial el Sr. [REDACTED] ^{LOPD} (autor del proyecto) admitió que la medición de la altura a cornisa era siempre por debajo del forjado (1 hora 26 minutos). Sobre este punto el perito judicial manifestó que el forjado tenía una altura de unos 15 cms. (minuto 13 del segundo vídeo).

Pues bien, en estas circunstancias entiende el Juzgador que la aplicación del principio de proporcionalidad impide en el presente caso la anulación del acto recurrido por la existencia de un exceso de altura de 15 cms. en relación a una altura permitida de 7 o 9 metros en el caso del torreón (art. 8.1.63 del PGO), teniendo en cuenta la circunstancia singularísima que recoge el perito judicial en su informe de que la causa de la elevación de la edificación respecto al nivel previsto en el proyecto, con el consiguiente aumento de alturas y de la rasante actual, se debió a la aparición de una tubería enterrada del saneamiento de aguas de la zona que atravesaba la parcela y obligó a elevar el nivel de la cimentación de la edificación (folio 505 de la causa). Se trata de una circunstancia imprevista y no imputable a la concesionaria de la licencia, que justifica su actuación, de modo que el ligero incumplimiento en materia de altura reseñado, por aplicación del principio de proporcionalidad mencionado (art. 6.1 del Reglamento de Servicios y art. 39 bis de la Ley 30/92) en conexión con los principios de buena fe (art. 3 de la Ley 30/92 y 7.1 del Código Civil) y de equidad (art. 3.2 del Código Civil) no debe conllevar en el caso a la invalidez del acto recurrido.

Finalmente en cuanto al incumplimiento de la pendiente de la cubierta en la zona de la fachada Este, correspondiente a la escalera, ha de prevalecer nuevamente el criterio del técnico municipal y del perito judicial, en razón a la imparcialidad y objetividad que es predicable de sus informes, en el sentido de que no incumple la normativa aplicable.

En definitiva el recurso ha de ser desestimado.

CUARTO: En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA, no procede su imposición, habida cuenta de la controversia fáctica y jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña [REDACTED] LOPD, en nombre y representación de Don [REDACTED] LOPD, contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 24-1-14, por resultar la misma conforme a derecho; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

