

SENTENCIA nº 53

En Oviedo, a diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.

La Ilma. Sra. D^a. Pilar Martínez Ceyanes, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Oviedo ha visto los presentes autos tramitados como **procedimiento abreviado nº 242/15** en el que son partes:

RECURRENTE: D. _____ representado y
asistido por la Letrada D^a.

DEMANDADA: EL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado por el Procurador D.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 01 de octubre de 2015, se presentó en el Juzgado Decano de Oviedo, demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, el recurrente terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la no conformidad contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 15 de julio de 2015, expediente nº 1210-140211, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el recurrente, mediante el cual se pretende que se deje sin efecto, la orden de retirada de cenador de terrada de su propiedad, solicitando se revoque la resolución recurrida, y declare haber lugar a mantener al recurrente en el uso de cenador ubicado sobre su terraza, declarando legítima la colocación del mismo, resultando improcedente su menoscabo por derribo o por cualquier otro motivo, al respetar la legalidad vigente, ordenando el archivo del expediente disciplinario y el expediente de obra, así como la revocación de la resolución de fecha 20 de julio de 2014, ordenando su demolición, con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiere.

Segundo.- Reclamado el expediente administrativo se citó a las partes a la celebración de la vista que tuvo lugar el 07 de marzo de 2016 con la asistencia de ambas y en la que la demandante se ratificó en su demanda y concedida la palabra a la parte demandada, por su



representante se alegó lo que estimó oportuno en defensa de la legalidad del acto administrativo recurrido solicitando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la recurrente.

Tercero.- Se fijó la cuantía de la presente litis en 1.953 euros y practicada la prueba solicitada y declarada pertinente y formuladas conclusiones por ambas partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación del procedimiento se han cumplido las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 15 de julio de 2015, expediente nº 1210-140211, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el recurrente y se ordena la retirada de cenador de terrada de su propiedad.

Alega la actora que el cenador o pérgola es acorde con el conjunto arquitectónico y que en todas las terrazas colindantes se han realizado obras, al igual que en otros edificios de la misma calle. Se considera que la actuación realizada es perfectamente legalizable y que no constituye un cerramiento en el sentido a que se refiere el art. 4.1.79.3 del PGOU de Oviedo.

La representación consistorial sostiene la conformidad a derecho del acto recurrido.

Segundo.- Son hechos indiscutidos, reflejados en el expediente administrativo, que con fecha 22 de julio de 2014 se formula denuncia en relación con la construcción de una pérgola o cenador en la calle Marqués de Teverga. Constatada la realización de la obra y la falta de licencia, así como sus características (cenador abierto de unos 15 m² de estructura y soporte de madera y techo a un agua de material translúcido), se emite informe por el Aparejador Municipal en el que se refleja que las obras no resultan legalizables al incumplir el art. 4.1.79-3 del PGOU que establece que *“queda prohibido el cerramiento de las superficies no edificadas de los áticos, procediendo requerir al interesado para que adapte la edificación a su situación original, eliminando la estructura”*. Dado traslado al interesado para alegaciones, se alegó por el mismo que contaba con autorización de la Comunidad de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Propietarios, condicionada a la obtención de permiso municipal por lo que estima que la resolución es nula. La Resolución de 2-12-2014 dio respuesta a las alegaciones señalando que la obra se ejecutó sin licencia, siendo exigible y resultando la actuación ilegalizable por lo que se le insta a la retirada de la instalación con advertencia de ejecución subsidiaria. Formulado recurso de reposición se emitió informe por la Arquitecta Municipal en el que se señala que, amén de la aplicación del art 4.1.79 del PGO debe considerarse que el edificio en el que se ejecuta la cubrición parcial de terraza se encuentra en situación de fuera de ordenación por exceder del fondo máximo edificable por lo que la cubrición parcial de la terraza supone un incremento de aprovechamiento que no resulta admisible a tenor del art 4.1.31 del PGOU. Finalmente, la Resolución de 15 de julio de 2015 desestimó el recurso de reposición presentado.

Tercero.- Una vez sentadas las anteriores premisas, la cuestión a resolver ha de partir del contenido del art. 4.1.79 del PGOU según el cual:

“1. Cuando la ordenación que afecte al edificio lo permita, podrá procederse a la modificación de las características de una fachada existente de acuerdo con un proyecto adecuado que garantice un resultado homogéneo del conjunto arquitectónico y su relación con los colindantes.

2. Se podrá autorizar el cerramiento de terrazas y balcones existentes con las siguientes condiciones:

a) Que se redacte y apruebe un proyecto conjunto de la fachada, en cuya tramitación se dará audiencia a los propietarios del edificio, entendiéndose aceptado por todos quienes no manifiesten expresamente su oposición al mismo. Si se manifestare oposición no se concederá la licencia hasta tanto no se aporte acuerdo de la Comunidad de Propietarios o del propietario del edificio prestando conformidad al proyecto.

b) Que, en el supuesto de que no se acometa el cerramiento del conjunto de una sola vez, cada una de las obras que se realicen obtenga su licencia correspondiente y se ajuste al proyecto aprobado para todo el edificio.

3. Queda prohibido el cerramiento de las superficies no edificadas de los áticos”.

En la definición de lo que constituye un ático desde el punto de vista urbanístico ha de estarse al art. 4.1.39.1 f/ del PGO: *“Última planta de un edificio cuando su superficie edificada es inferior a la normal de las*

restantes plantas y sus fachadas se encuentran separadas del resto de los planos de la fachada del edificio”

En el caso de autos la obra se realizó sin contar con la preceptiva licencia municipal, no pudiendo plantear duda alguna de que tal autorización resultaba exigible, conforme al criterio amplio que a los efectos de sujeción a licencia establece el artículo 228.2 del Decreto Leg 1/2004 de 22 de abril (TROU): “2. Sin perjuicio de cualesquiera otras autorizaciones que fueran procedentes con arreglo a la legislación sectorial específica, estarán supeditados a la obtención de licencia previa, a los efectos de la legislación urbanística, los actos de edificación y uso del suelo, tales como las parcelaciones urbanísticas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalen los planes, normas y ordenanzas urbanísticas, excepto cuando se lleven a cabo en cumplimiento de órdenes de ejecución emanadas de la autoridad municipal competente”. La declaración del perito en el acto de la vista fue suficientemente ilustrativa respecto a la procedencia de obtener tal autorización para llevar a cabo la obra.

Cierto es que la falta de licencia no determina la necesidad de proceder a la retirada de la edificación pues para llegar a tal conclusión es preciso que quede determinada su naturaleza de ilegalizable. Así se desprende del art. 241 del Decreto Leg 1/2004 (TROUAS) cuando establece que “Siempre que no hayan transcurrido más de cuatro años desde la total terminación de las obras o usos ejecutados sin licencia u orden de ejecución, el órgano municipal competente requerirá al propietario para que ajuste las obras o usos a las condiciones de la licencia obtenida o, en su caso, solicite licencia, siempre que estime, previo informe de los servicios técnicos, que la actuación pudiera ser legalizable.- Se entenderá que la actuación es ilegalizable cuando se aprecie una incompatibilidad total entre lo promovido y la clasificación o calificación del suelo en el cual se sitúa. En este caso, el órgano municipal competente formulará el requerimiento a que se refiere el apartado 2 del art. 244 de este Texto Refundido. Si el propietario no solicita la licencia ni adapta las obras o usos en el plazo que se le conceda, se actuará conforme a lo previsto en el art. 243 de este Texto Refundido”.

Pues bien, en el caso examinado tal legalización no resultaba posible. En efecto, tanto si se considera la obra como cerramiento del ático como -en el caso más beneficioso- de que se tratara como otro tipo de cerramiento, no concurren las circunstancias para su legalización. Como cerramiento de ático el art. 4.1.79. 3 del PGO lo prohíbe expresamente

siendo evidente que la ubicación de la obra en esta planta del edificio y el hecho de que, al menos en la parte superior o techado, supone un cerramiento del ático con anclaje a la fachada del edificio, permite aplicar la prohibición enunciada. Pero es que, aunque pudiera tratarse de otra obra de las previstas en el art. 4.1.79 su realización exigiría no solamente la simple autorización de la Comunidad de Propietarios, sino la aprobación por ésta del proyecto que al efecto se presentara y que habría de abordar el conjunto de la fachada del edificio. Como razonadamente alega la Letrada Consistorial, el PGOU exige garantizar un resultado homogéneo cuando se aborda la realización de una obra que, de una forma u otra, modifique la fachada del edificio, siendo evidente que la fachada del ático es también fachada del edificio, aunque retranqueada. De hecho, ni siquiera la instalación de toldos resulta admisible si no se cumple con el requisito relativo a proyecto conjunto de fachada, como establece el art. 4.1.91.3 PGO, el cual pretende garantizar el tratamiento de las fachadas por incidir directamente en la ordenación urbanística. Esta es la razón por la que cuestiones como la examinada exceden del ámbito del derecho privado y se introducen en la ordenación urbanística, como demuestran varias sentencias de nuestros TTSSJJ como, a modo de ejemplo, la sentencia del TSJ País Vasco de 20-2-2003 (rec 5020/1998) cuando señala: *“...el párrafo 2º del citado art. 7.9.8 del PGOU va a establecer que en los edificios no sometidos a régimen de protección alguno, se podrá autorizar el cierre de terrazas y solanas, siempre que se desarrolle dentro del perfil así como que la solicitud de cierre deberá estar acompañada del correspondiente proyecto técnico competente en el que se recojan las nuevas soluciones generales de fachada y el acuerdo de la Junta de la Comunidad de propietarios de proceder a la realización de la obra simultáneamente en todos los elementos que configuran una unidad de fachada”*.

También la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid de 30-4-2014 (rec 1343/2012) examina y considera ajustada a derecho la exigencia de la norma urbanística relativa a la exigencia, para casos como el enjuiciado, de un proyecto conjunto que debe presentar o bien el propietario del edificio o bien la Comunidad garantizando así la falta de oposición de ésta.

No resultando por tanto discutible el incumplimiento del requisito exigido y considerando que el mismo resulta ajustado a derecho es por lo que no cabe sino considerar igualmente ajustada a derecho la resolución recurrida con la consecuente desestimación del recurso.

Cuarto.- A la conclusión anteriormente alcanzada no puede oponerse con perspectiva de éxito el dato de que existan cerramientos u obras de

iguales o similares condiciones que la realizada. Se desconoce la fecha de ejecución de las obras a las que la interesada se refiere y, por lo tanto, la normativa urbanística aplicable a las mismas o si respecto a ellas pudiera haber caducado la acción urbanística. Pero, en todo caso, una reiterada doctrina jurisprudencial nos enseña que no es invocable la igualdad en la ilegalidad. Así la STS de 24 de Julio de 1993:

"Contra ello no se puede oponer la posible vulneración del principio de igualdad, ya que el mismo sólo se hace operativo dentro de la legalidad como bien ha señalado la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia de 4 de Diciembre de 1986), y más cuando nos hallamos ante ámbitos, como el urbanístico, en donde las potestades administrativas tienen una escasa funcionabilidad discrecional, siendo esencialmente regladas debiendo someterse los órganos administrativos en su ejercicio al imperio de la Ley, evitando que el desarrollo urbano de las ciudades queda al capricho de los particulares, que pretenden imponer por la fuerza de los hechos resultados urbanísticos que no se acomoden a la legalidad, u operan al margen, o en contra de principios que la materializan, siempre de espaldas al interés público que debe imperar en la Ordenación Urbanística del Territorio. De aquí que en última instancia, si bien la orden de demolición debe configurarse como una medida excepcional, ello no implica que la misma no deba aplicarse y con la finalidad reparadora ya referida en aras, en todo caso de la defensa del principio de legalidad, por lo que sólo desde el principio de proporcionalidad podría hacerse evitable la demolición (arts. 103 á 106 de la Constitución, 1, 4 del Título Preliminar del Código Civil; 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/85; art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)".

También cabe citar la STS de 8-5-2001 por su directa aplicación al caso cuando señala:

"Tampoco hay vulneración del principio de igualdad cuando se cumple con la legalidad, pues en manos del recurrente está el exigir el mismo tratamiento que él recibe en todos los casos en que se dan idénticas circunstancias fácticas a las que concurren en el inmueble de su propiedad. (El principio de igualdad puede ser invocado, para que el planeamiento se aplique a todos, pero no para que se inaplique, que es lo que sugiere el recurrente). Finalmente, la orden de demolición no se puede erigir en una infracción del artículo 103 de la Constitución, cuando ese efecto demolitorio está expresamente previsto en el ordenamiento urbanístico como mecanismo de restauración del mismo; contrariamente, sería la inaplicación de la demolición lo que constituiría la transgresión de la norma constitucional invocada."

Quinto.- No se aprecian motivos que exceptúen la imposición de costas que en la actualidad establece el artículo 139 de la Ley 29/1998



Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si bien y haciendo uso de la facultad establecida en dicho precepto se limitan las ocasionadas a la suma de 500 euros, en atención a la complejidad y cuantía del recurso.

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

FALLO

Desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por DON _____ contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 15 de julio de 2015, expediente nº 1210-140211, declarando conformidad a derecho de la misma.

Se imponen a la parte recurrente las costas procesales ocasionadas por la intervención del Ayuntamiento demandado con el límite fijado en el fundamento de derecho quinto.

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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe interponer recurso.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.