
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 194/2001
Sentencia nº 120 (16-07-2002)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN. DENEGACIÓN. EDIFICIO VIVIENDAS.

Incumplimiento de licencia de obras: volumen, uso y cubierta.

Doctrina jurisprudencial sobre control administrativo.

Vulneración del planeamiento: volumen de la envolvente de la cubierta inclinada.

Necesidad de legalización mediante nueva licencia justificando programa mínimo de vivienda.

De corrección. Incumplimiento de altura.

Principio de proporcionalidad.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Juan Carlos Zapata Híjar

En Zaragoza a 16 de julio de 2002, habiendo visto los presentes autos el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar, Magistrado-Juez, con destino en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso: Recurrente «U. M. 75, S.L.».

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Actuación recurrida: Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de 22 de junio de 2001, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 22 de diciembre de 2000 que desestima la petición de licencia de primera ocupación del edificio sito en Paseo Ruiseñores angular a C/ Maestro Estremiana, que tenía concedida licencia de obras por Resolución de la Comisión de Gobierno de 5 de junio de 1998 (exp. 3.098.935/97) por haberse observado los siguientes cumplimientos de la licencia de obras: Se ha superado el volumen de la envolvente de la cubierta inclinada por encima de lo permitido, convirtiendo el aprovechamiento bajo faldones de la primitiva cubierta inclinada, con uso de desván, en cubierta plana con uso de vivienda. También se ha superado la altura máxima del edificio de 7 metros.

TERCERO.- Procedimiento: Interposición del recurso el 10 de septiembre de 2001.

Demanda el 11 de enero de 2002.

Contestación a la demanda el 22 de febrero de 2002.

Apertura del proceso a prueba el 24 de febrero de 2002, en la que se practicó por la parte recurrente prueba testifical de D. A. C. P., D. P. G. M. y

D. E. G. R. y por la parte demandada se solicitó la extensión de efectos de la prueba pericial practicada por D. A. C. P. y D. S. P. B. en el recurso nº 193/2001.

Conclusiones de la parte actora el 28 de mayo de 2002.

Conclusiones de la Administración demandada el 11 de junio de 2002.

Concluso para Sentencia el 13 de junio de 2002.

CUARTO.- Cuantía: 36.050,73 euros.

QUINTO.- Pretensiones de la parte recurrente: Estimación de la demanda y Nulidad del acto recurrido, acordando haber lugar a la concesión de la licencia de primera ocupación de la casa nº... del Paseo Ruiseñores de Zaragoza.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

a) Como ha quedado expresado a la entidad recurrente se le ha denegado la licencia de primera ocupación del edificio, por los motivos ya expresados.

b) En relación al primero de ellos niega la parte que se haya edificado más de lo que se había previsto en el proyecto del edificio, ni que se haya modificado la envolvente del edificio. Denuncia que hay una indefinición en el incumplimiento que se achaca en cuanto a la ejecución de la licencia de obras. Entiende que la Administración mezcla las diferentes plantas del edificio, tanto en la resolución como en el informe que le sirve de base (de 18 de mayo de 2000) y que aquí no hay planta sobreañadida, sino uso de la planta entre cubierta o bajo cubierta. La aludida planta añadida es la construcción realizada sobre la cubierta y que es objeto de control en el recurso que se sustancia ante este mismo Juzgado con el número 193/2001. Aquí se trata del uso de unos anexos inseparablemente unidos a cada vivienda, que venía ya contemplada en el Proyecto y que no ha sido modificado. Alude a que el uso de vivienda, en la planta bajo cubierta, ha podido ser realizado por los propietarios de cada vivienda, sin responsabilidad del promotor. En cualquier caso no se dice qué norma del Plan General vigente, ha sido vulnerada, además de reseñar que en la actualidad este tipo de uso anexo a vivienda en planta bajo cubierta sí está previsto en el art. 2.2.22 del nuevo Plan General de 2001.

c) En relación a la altura máxima, denuncia la parte que la Administración no ha podido acreditar incumplimiento a la constructora, dado que la diferencia de alturas fue debida exclusivamente a que se realizaron por el Ayuntamiento unas obras en la calzada que elevaron la altura de la calle por lo que la medición, con la nueva rasante de la calle puede ser ahora superior a 7 metros.

SEXTO.- Pretensiones de la Administración demandada: Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

a) Desechando otros alegatos realizados en la contestación a la demanda en el escrito de conclusiones la Administración demandada reseña que el incumplimiento de la obra se refiere a la altura máxima regulada en el art. 3.1.13 del PGOU de 1986, que establece la forma en que ha de medirse ésta. Considera que al amparo de esa norma no es posible destinar a vivienda el espacio bajo cubierta, pues de lo contrario esta planta ha de computarse para la altura máxima del edificio. En este caso la planta bajo cubierta fue proyectada como

desván y en el plano nº 6 de final de obra, se aprecia que se construyeron aseos y divisiones en ella, por lo que la obra no se realizó conforme a la licencia concedida, superando el volumen de la cubierta.

b) En el mismo escrito de conclusiones se dice igualmente que de la prueba practicada cabe deducir que se realizaron obras que pudieran haber supuesto rebaje en la cota de la C/ Maestro Estremiana (no así en el Paseo Ruiseñores) aunque no en la cantidad de centímetros que se señalan.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.– Para la mejor resolución de este recurso interesa reseñar la doctrina que emana de la Sentencia de 20 de octubre de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (ED 60381) por ser resumen de lo que es controlable por el Ayuntamiento en este tipo de licencia de primera ocupación y que establece que: «Según el art. 21.2.d) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar «si el edificio puede destinarse a determinado uso, por estar situado en zona apropiada y reunir condiciones técnicas de seguridad y salubridad y, en su caso, si el constructor ha cumplido el compromiso de realizar simultáneamente la urbanización». El control de legalidad que justifica la existencia de esta licencia de primera utilización u ocupación, que permite acceder al uso de la edificación cuando del conjunto de la obra ejecutada se desprenda su conformidad con los planes y normas aplicables, no abarca todos los aspectos y condiciones de la edificación, en relación con la licencia y las normas y planes de los que ésta emana, sino sólo los referidos al cumplimiento y adecuación de los usos permitidos, que la construcción ha de estar en condiciones de permitir, así como el respeto a las normas de seguridad y salubridad impuestas como condiciones lícitas de la licencia y la observancia del deber de urbanizar simultáneamente». Aunque hay que reconocer que existen Sentencias del Tribunal Supremo que analizan, en trance de valorar la conformidad a Derecho de una licencia de primera utilización, la adecuación de la obra a la licencia, sin distinción de partes ni aspectos y sin hacerse cuestión de lo expuesto, otras, en cambio, se pronuncian directa y expresamente sobre el particular, restringiendo el ámbito de control que esta licencia supone a los términos de ejercicio que se desprenden del art. 21.2.d) del Reglamento de Servicios. A este respecto, es de singular importancia la Sentencia de 22 de enero de 1986, seguida por la de 30 de enero de 1989, que señala: «que el art. 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuando sujeta a la obtención de previa licencia, la primera utilización de los edificios específica en el núm. 2, primero, que en todo caso se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana, y estando, como expresa el apartado d) se apreciará si el edificio puede destinarse a determinado uso, por estar situado en zona apropiada y reunir condiciones técnicas de seguridad y salubridad y, en su caso, si el constructor ha cumplido el compromiso de realizar simultáneamente la urbanización; con ello se viene a delimitar fundamentalmente el contenido y obje-

tivo de tales licencias de primera utilización, entre los cuales y como principal se encuentra el de examinar la adecuación a los planes de ordenación urbana del acto proyectado, ahora bien, el acto proyectado no es la obra o edificación, sino su utilización, por ello el apartado d) del núm. 2 del citado art. 21 indica como circunstancias a observar si el uso que se pretende es posible en atención a la localización y condiciones técnicas del edificio y si la urbanización, como elemento determinante de un adecuado uso de la construcción, se ha realizado, es decir, que la licencia de primera utilización no tiene como finalidad fiscalizar si la obra o construcción se ajusta o no a la normativa urbanística, sino si el uso que se pretende hacer de la obra o edificación es conforme a los planes de ordenación urbana y si dicha edificación reúne las condiciones apropiadas para tal uso».

A tales manifestaciones añade, como consecuencia, que: «el examen de las licencias urbanísticas ilegales, de los actos de edificación del suelo realizados sin licencia y aquéllos que no se adecuan a las previsiones de la licencia otorgada ha de efectuarse de la forma prevista en los arts. 184, 185, 186 y 187, principalmente, de la Ley del Suelo (la de 1976) y disposiciones reglamentarias concordantes, sin que pueda utilizarse al efecto una potestad administrativa concedida para otros fines...».

SEGUNDO.— Por lo reseñado en la doctrina del Tribunal Superior que se indica se debe concluir que efectivamente como imputa la Administración a la entidad promotora no es posible conceder la licencia de primera ocupación, al menos bajo la vigencia del Plan General de Ordenación Urbana de 1986, pues la planta bajo cubierta o planta entre cubierta del edificio había sido autorizada por la licencia de obras de 1998 para uso como desvanes conectados a vivienda y no como uso anexo de vivienda, como finalmente fue construida.

A pesar de que la recurrente se queja de que existe una indefinición en la tramitación del expediente y una intencionada mezcla de hechos entre este expediente y el que dio lugar a la Resolución de protección de legalidad urbanística que ha sido ya resuelta por este Juzgado en el recurso 193/2001, lo cierto es que una y otra cuestión, no se han mezclado en el expediente que constituye el objeto de este recurso y de la simple lectura del informe del Servicio de Inspección de 18 de mayo de 2000 (folios 12 y 13 del expediente) se puede deducir con claridad, porqué se deniega la licencia, sin que para ello afecte la construcción de una planta o estructura en la cubierta del edificio, que era lo que constituía el objeto del recurso nº 193/2001.

En el citado informe se expresa sin que se haya acreditado por prueba lo contrario, que el proyecto inicial contemplaba en cuanto a los usos en el sótano -1, bodegas, en la planta baja y primera viviendas y en la entrecubierta, desvanes conectados a las viviendas. En el proyecto inicial la cubierta era inclinada. Analizados los planos y el certificado final de obra, se aprecia que el sótano -1, se convierte en Semisótano, con uso de despachos profesionales unidos a viviendas en planta baja, la planta baja es una vivienda, más tres dúplex conectados con los despachos del semisótano, la planta 1ª son seis viviendas

dúplex conectadas con la planta entrecubierta (llamada en el informe planta añadida) y en esta planta entrecubierta, uso de vivienda comunicada con la planta 1ª. La cubierta pasa de ser inclinada a ser cubierta plana.

En el proyecto inicial de licencia de obras no se autorizaba a uso de vivienda en la planta entrecubierta por que de hacerlo se habría vulnerado el art. 3.1.13 del PGOU de 1986. En este precepto se indica que la altura máxima de un edificio se medirá hasta la cara inferior del techo de la última planta, no computándose como altura máxima los faldones de cubiertas, siempre que el espacio encerrado por ellas no se destine a viviendas, ni exceda del límite definido por planos inclinados a 35º... «Quiere decirse por tanto que en la planta entrecubierta o bajo cubierta o dicho de otro modo en los faldones de cubierta, no era posible establecer uso de vivienda, so pena de que si así se hubiera proyectado y admitido la altura máxima del edificio no se debía haber computado desde la cara inferior de la última planta, sino desde el forjado de la propia cubierta del edificio, pues como queda dicho, en la planta entrecubierta, no era posible bajo la vigencia del Plan de 1986, no era posible su destino para vivienda».

Porque del certificado final de obra se deduce que en esa entrecubierta se ha dispuesto uso para vivienda, se concluye en el aludido informe que «se supera el volumen de la envolvente de la cubierta inclinada por encima de lo permitido». Si en la entre cubierta se hubieran ejecutado dependencias con uso para desván, a efectos del cómputo de la altura máxima y del cómputo de la envolvente de la cubierta no se hubiera modificado, pero al ejecutar dependencias con uso vividero, entonces se ha transformado un edificio con tres plantas habitables en otro con cuatro. Esto es precisamente lo que impide conceder la licencia de primera ocupación. Por lo que debe concluirse que en atención a la doctrina que ha quedado reseñada, esté bien denegada la licencia de primera ocupación, no tanto porque se ha ejecutado una obra excediendo lo que había sido autorizado en la licencia de obras —exceso en la construcción e infracción urbanística que evidentemente también concurre en el caso—, sino fundadamente por que una parte del edificio contiene un uso de vivienda, que no puede venir autorizado por las previsiones contenidas en el PGOU de 1986.

TERCERO.— Siendo esto así son varias las cuestiones que se suscitan en demanda. Y ello sin negar la evidencia de que la planta entre cubierta ha sido ejecutada para vivienda. Evidencia que también se constata por varias probanzas. Entre ellas el plano nº 6 presentado por la entidad actora en la que se aprecia la construcción de baños completos, divisiones de habitaciones, la propia asunción de estos hechos en la demanda, la declaración del Arquitecto Sr. C. que reconoce que «cada vecino en su anexo ha hecho lo que ha querido», la declaración de obra nueva aportada junto con la demanda en que se expresa que la entre cubierta y la planta primera son las dos plantas de los seis duplex identificados con las letras O, N, M, P, Q y S.

Se dice en la demanda que la responsabilidad no puede ser de la promotora, sino de cada uno de los vecinos. Alegato que no es admisible, dado que

no sólo el plano nº 6 fue firmado y presentado por el propio Arquitecto Director y Proyectista de la obra, sino que también en la declaración de obra nueva, constan ya los usos de viviendas para la planta entrecubierta que han quedado reseñados, lo que demuestra que fue la propia entidad recurrente la que vulneró el planeamiento, antes incluso de la venta de los mismos.

Se sostiene también como alegato fundamental que ahora esta posibilidad de construir «anexos a las viviendas» ya está contemplada en el nuevo planeamiento de 2001 en su art. 2.2.22 y que por lo mismo no cabe denegar la licencia por este motivo. Ha de indicarse en relación a éste extremo que la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de 13 de junio de 2001 se publicó el 16 de junio de 2001 y entró en vigor de forma inmediata tras la publicación (art. 1.1.3), por lo que a la fecha de denegación de la licencia no podía haber sido aplicada la nueva normativa. Pero es que aún que se quisiera entender de aplicación el nuevo planeamiento, que sí se encontraba vigente cuando se resolvió el recurso de reposición, al estar en presencia, como se ha indicado, de una modificación de la altura máxima, esto es del volumen de la edificación, era estrictamente de aplicación lo que se indica en la resolución recurrida, esto es la necesidad de presentar y solicitar una nueva licencia, de igual modo y con los mismos requisitos que si se tratara de iniciarla y ello por efecto no sólo del citado art. 8.4.4.a) de las Ordenanzas Municipales de edificación, sino de los propios preceptos de la Ley 5/99 Urbanística Aragón, pues es evidente que con la licencia concedida no se estaba autorizando la construcción bajo vivienda. Por ello y aún admitiendo a efectos meramente dialécticos que los anexos de la vivienda construidos en la entre cubierta pudieran ser legalizables, sería estrictamente necesario que se solicitara nueva licencia para incluir, al contrario de lo autorizado, uso de vivienda en ellos. Hasta que ello no suceda, como se indica en la resolución, no es posible autorizar uso de vivienda en la entrecubierta.

Y se dice que es precisa esa nueva petición de licencia y autorización porque el aludido art. 2.2.22 a) del nuevo Plan, tampoco permite de forma incuestionable la autorización de todo tipo de anexo a la vivienda en los faldones de cubierta. Es cierto que permite habilitar piezas habitables propias del uso de vivienda que se vinculen, física y registralmente, a las viviendas situadas en la planta inferior, pero siempre y cuando en éstas (las de la planta inferior) se satisfaga íntegramente el programa de vivienda, conforme a lo expresado en el art. 2.3.15 de estas normas, en la última planta incluida en el límite de altura máxima. Será por tanto necesario que en la petición de la nueva licencia se justifique que la última planta incluida en la línea de altura máxima, cumple íntegramente los postulados de programa mínimo de vivienda para autorizar los aludidos anexos.

Procede por todo lo razonado la desestimación del recurso en este punto.

CUARTO.— Aunque lo hasta aquí expuesto es bastante para no estimar el recurso, debe hacerse referencia a que el incumplimiento de la altura máxima, sí se trata de un incumplimiento de la licencia de obras que no debe conllevar la denegación de la licencia de primera ocupación.

El hecho de que el edificio en la altura medible tenga 60 cm., más de lo que es posible construir en el área, no es un motivo que permita denegar la licencia de primera ocupación. Este incumplimiento ni afecta a la seguridad del edificio, ni autoriza un uso prohibido por el Plan, como el que anteriormente se ha analizado. Se trata de un incumplimiento de la licencia que podrá tener su respuesta, como se indica en la Sentencia reseñada en el primer fundamento de esta Sentencia, por los mecanismos de protección de la legalidad urbanística, si evidentemente se acredita con fehaciencia que se ha superado esa altura máxima y sin con ello no se vulnera el principio de proporcionalidad que debe regir en toda actuación urbanística, pero sin que pueda ser utilizado para denegar la licencia de primera ocupación del edificio como es el caso al incumplimiento de la altura máxima del edificio debe anularse.

QUINTO.– De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LRJCA, no se infieren méritos para hacer expresa imposición de las costas causadas.

FALLO

Estimar parcialmente el presente recurso nº 194/2001, interpuesto por la procuradora D^a E. M. T. en nombre y representación de «U. M., 75 S.L.» y en consecuencia:

PRIMERO.– Declarar la nulidad de los actos recurridos en el único extremo en que deniegan la licencia de primera ocupación del edificio porque sobrepasa la altura máxima del edificio de 7 metros, confirmando la denegación por haber superado el volumen de envolvente de la cubierta inclinada por encima de lo permitido, convirtiendo el aprovechamiento bajo faldones de la primitiva cubierta inclinada, con uso de desván, en cubierta plana con uso de vivienda.

SEGUNDO.– Desestimar la pretensión de licencia de primera ocupación, de conformidad lo razonado en el cuerpo de esta sentencia.

TERCERO.– No hacer expresa imposición de las costas del presente recurso.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación (art. 81 de la LRJCA) ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación, por escrito que deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 85 de la Ley.

Así por esta Sentencia lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. Juan Carlos Zapata Híjar, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza.