

---

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA**  
**Procedimiento ordinario nº 347/2004-A1. Sentencia nº 328 (16-10-2007)**

---

**TEMA: PLANEAMIENTO**

PLAN GENERAL. IMPUGNACIÓN INDIRECTA.

Impugnación indirecta PGOU.

Cambio de calificación de parcela de uso dominante residencial a equipamiento asistencial. Ius variandi. Interés público.

Impugnación de licencia por infracciones de ocupación, altura y aprovechamiento.

Estimación por exceder de altura máxima.

---

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. José Alfonso Tello Abadía

En la ciudad de Zaragoza, a dieciséis de octubre de dos mil siete.

Vistos por mí, D. José Alfonso Tello Abadía, Magistrado-Juez del Juzgado contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 347/04, seguidos a instancia de la Junta de Compensación del Sector 60, representada por la Procuradora Sra. E.G.N. y defendida por el Letrado Sr. J.A. G.N. contra la resolución de la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 12/09/2003 por la que se concedía a la mercantil A., S.L. licencia de ampliación de actividad clasificada para la actividad de residencia de la tercera edad sita en calle Fanlo esquina Avda. General Capaz de esta Ciudad de Zaragoza. El Ayuntamiento de Zaragoza re presentado por la Procuradora Sra. C.A. y defendida por la Letrada Sra. P.S., y siendo codemanda A., S.L. representada por el Procurador Sr. G. N. y defendida por el Letrado Sr. C. C., resultan los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 5-07-04 fue turnado a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta ciudad, escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución arriba indicada. Mediante proveído de fecha 7-07-04, se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración demandada.

Recibido con fecha 19-07-04 se dio traslado a la demandante, quien tras sucesivas ampliaciones del expediente administrativo, con fecha 24-2-05 presentó demanda, en la que se terminaba interesando la estimación del recurso y la declaración de nulidad de la resolución administrativa.

Mediante resolución de 25-02-05 se tuvo por evacuado el trámite y se dio traslado a la defensa de la Administración para que contestase la demanda, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado a 30-03-05, oponiéndose a las pretensiones de la actora y solicitando una sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo planteado. Mediante auto de fecha 31-03-05 se fijó la cuantía del presente procedimiento y se abrió el recurso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en autos.

Con fecha 15-11-05 se acordó efectuar un nuevo emplazamiento a la mercantil A., quien se personó en las actuaciones con fecha 10-01-06, y por resolución de 23-01-06 se le dio traslado contestase a la demanda, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado en 27-02-06, en el que terminaba interesando se dicte una sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Mediante Auto de 3-03-06 se recibió el recurso a prueba respecto de la codemandada, practicándose las admitidas a esta parte con el resultado que obra en Autos.

Por resolución de 9-11-06, estando definitivamente concluso el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones, en el que las partes presentaron sus respectivos escritos, y mediante resolución de 23-12-06 quedó el recurso para sentencia.

**SEGUNDO.-** En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales, a excepción del término para dictar sentencia, y su cuantía indeterminada.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso-administrativo se refiere a la impugnación formulada contra la resolución de la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 12/09/2003 por la que se concedía a la mercantil A., S.L. licencia de ampliación de actividad clasificada para la actividad de residencia de la tercera edad sita en calle Fanlo, esquina Avda. General Capaz de esta Ciudad de Zaragoza. La demandante a lo largo del escrito de demanda, rector del procedimiento, formula una doble impugnación, de un lado, porque al impugnar la licencia que nos ocupa, lo hace a través de la impugnación indirecta del Plan General de Ordenación Urbana. De otro, impugna directamente la licencia concedida, con fundamento en determinados incumplimientos relativos a la posición, altura y ocupación del edificio.

Antes de nada conviene examinar la alegación de naturaleza adjetiva aducida por el Ayuntamiento de Zaragoza, a la que se incorporó la codemandada, relativa a la existencia de desviación procesal, que la parte encontraba en el hecho de solicitar en el suplico de la demanda la demolición de lo construido al amparo de una licencia que entendía ilegal. No podrá acogerse la pretendida desviación procesal, por cuanto aun cuando no se efectuase dicha solicitud en sede administrativa, para el caso de que se estimase el recurso y se anulase la licencia en la forma que se pretende, como señala la demandante en su escrito de conclusiones, una consecuencia necesaria de dicha declaración de nulidad sería la demolición de lo construido, salvo la concurrencia de alguna circunstancia extraordinaria, y sin perjuicio de la eventual legalización de dicha obra. El restablecimiento de la legalidad urbanística, que late detrás de la anulación de la sentencia, acarrea consigo, con un carácter general, la demolición de lo que no se ajusta a la legalidad y no es susceptible de legalización, y ello tanto si lo pide el actor en el suplico de la demanda, como si no. No se aprecia, por lo dicho, la desviación procesal que señala la Administración demandada.

Una segunda cuestión a examinar es la relativa a la posibilidad de formular una impugnación indirecta contra el PGOU, aun cuando no se hubiese impugnado directamente dicha norma. Pues bien, no puede olvidarse que la L.J.C.A. previó expresamente esa posibilidad en el art. 26.2 al decir que: "La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior". No impide, por tanto, la impugnación indirecta el hecho de no haber impugnado previamente de forma directa la misma normativa. Por otro lado, la resolución que se impugna no deja de ser la aplicación de la normativa que se sostiene ilegal, y se trata precisamente, del supuesto previsto en el art. 26.1 de la citada Ley, de manera que no existe inconveniente en formular ese tipo de impugnación.

Sentado lo que se acaba de decir, hay que comenzar señalando que no existe discusión entre las partes sobre los antecedentes fácticos de la resolución impugnada, así no se discute que en el PGOU de 1986 la zonificación que correspondía a la parcela en cuestión era de H4 Grado 1, estableciendo como uso dominante la vivienda unifamiliar, compatible con los de residencia comunitaria y hotelero. Posteriormente, con fecha 26/07/1990 se aprobó el Plan Parcial de Ordenación del Sector 60, previendo como uso dominante el de vivienda unifamiliar (2.2.3) y compatibles la residencia comunitaria y hotelero (2.4.6). La sociedad A., S.L. solicitó con fecha 11/07/2000 licencia de actividad y obras para actividad de residencia de ancianos emplazada en la parcela 71 del Polígono 1, del Sector 60, el proyecto presentado preveía una edificabilidad de 5.292,21 metros cuadrados, tras diversos informes en los que se ponía de manifiesto que la edificabilidad de la parcela era menor, concretamente con arreglo al Plan Parcial del Sector 60 le corresponderían 2.244,69 m<sup>2</sup>. Posteriormente, con fecha 9/03/2001 la misma sociedad presentó una modificación del proyecto presentado en el que pasaba el aprovechamiento de 5.292,21 metros cuadrados a 2.232,63 m<sup>2</sup>, tras obtener dicha modificación informe

favorable, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza concedió licencia con fecha 13/07/2001 ajustada al Plan Parcial del Sector 60 antes mencionado. Señalar que esta licencia ni se discute ni se impugna en el presente procedimiento.

La que se discute es la que solicitó la mercantil codemandada con fecha 26/12/2001 relativa a licencia para ampliación de una residencia colectiva para la tercera edad, pretensión que se fundaba, precisamente, en las determinaciones del PGOU y que según mantenía permitía aumentar la edificabilidad de la parcela. Modificación que había tenido lugar en la aprobación definitiva del PGOU de fecha 13/06/2001 que clasificaba la parcela 7.1 del ámbito del Plan Parcial del SUP 60/1 como perteneciente al Sistema Local de Equipamiento Asistencial y aparece en la relación de suelos pertenecientes a sistemas de espacios libres y de equipamientos y servicios. Resultando en cuanto a las condiciones de edificabilidad que le correspondería una edificabilidad de 1 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>. Es precisamente con fundamento en dicha modificación introducida en el PGOU por lo que se obtiene la licencia de ampliación que supone un aumento de la edificabilidad hasta 4.318,84 m<sup>2</sup>.

La demandante se duele de esa modificación en la aprobación definitiva del PGOU, pues como mantenía esa parte y resulta también del interrogatorio de la demandada, al tiempo de la aprobación inicial del PGOU, la parcela 7.1 aparecía como planeamiento recogido del Plan Parcial 60/1 y tenía como destino el uso residencial. Es en la versión de Mayo de 2001 cuando la parcela aparece calificada como equipamiento asistencia privado, número 60.18, y también en el Texto Refundido del año 2002 concretamente en el Anejo III aparece: "La parcela resultante 7.1 del Proyecto de Compensación pasa a ser equipamiento asistencial privado y se regirá por la normativa de equipamiento del Plan General." Se queja la demandante de que esta modificación se introdujo "de oficio" y que suponía una infracción al principio de racionalidad objetiva, al de proporcionalidad e igualdad, ausente de motivación y que supone la existencia de desviación de poder.

Se queja la demandante de que se infringe con la mencionada modificación el principio de racionalidad objetiva, pues es el Plan Parcial preveía como uso dominante el residencial y no existen argumentos para su modificación en la forma conocida, altera la propuesta de ordenación, triplica aprovechamientos, aumenta volúmenes de forma desproporcionada y no se justifica el cambio. Es cierto que el Plan Parcial del Sector 60, como se ha dicho más arriba, preveía como uso dominante el de vivienda unifamiliar, pero también lo es que preveía como usos compatibles la residencia comunitaria y el hotelero. Si bien es cierto que puede suponer un cambio en la propuesta de ordenación, pues el Plan Parcial prevé otras parcelas para equipamientos, no puede olvidarse que el propio Plan Parcial (2.9.1) prevé una altura máxima sobre rasante de tres plantas, y no consta que el proyecto superara dicha altura máxima. Respecto de la edificabilidad máxima, conviene también tener presente que el mismo Plan Parcial prevé (2.10.4) en los suelos de equipamiento y servicios una edificabilidad de 1m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>. Es decir, se trata de volúmenes ya previstos en el Plan Parcial y que no se separan, en esencia de lo allí previsto, la diferencia vendrá dada por la modificación ya conocida y que supuso un considerable incremento de edificabilidad pasando de los 2.263,63 metros cuadrados proyectados en un principio a 4 318,84 metros cuadrados.

Mantiene la demandante que no hay motivación alguna para el cambio efectuado. Es cierto que no consta que al producirse la aprobación definitiva del PGOU, donde se modifica calificación en el sentido ya conocida, se justifica dicho cambio, ahora bien, de lo actuado no resulta que se trate un cambio inmotivado o desprovisto de justificación. Podrán compartirse o no las razones que en fase probatoria del presente recurso se ofrecieron para dicho cambio, pero no que se trate de un cambio irracional o arbitrario. Así en interrogatorio de parte se explica que la génesis debe encontrarse en la existencia de la primera de las solicitudes de licencia en la que se interesaba la aplicación de la normativa general de los equipamientos, y en la solicitud y emisión de un informe urbanístico, del que existe constancia en las actuaciones. Viene a situarse, de ésta manera, en estas dos solicitudes efectuadas por la hoy codemandada la modificación que ahora se debate. Posteriormente, se justifica la modificación en el uso que se pretendía desarrollar, pues al ser de equipamientos y aun existiendo parcelas destinadas a equipamientos en el mismo sector, se justifica el cambio en la conveniencia de que una mayor y mejor dotación de equipamientos afecta de forma positiva al interés

público. Se apunta también en el interrogatorio de parte, que precisamente con idéntico fundamento se desestimaron solicitudes de cambios de calificación de parcelas destinada a equipamientos que se pretendía modificar por vivienda, precisamente para evitar la disminución de equipamientos prevista en el Plan Parcial. Se añade por último otro motivo, la voluntad municipal de evitar que equipamientos del tipo al que os ocupa: residencias de la tercera edad se diseminan en zonas de suelo no urbanizable lo que provoca un aislamiento de la población que en ellas reside.

Los motivos que se aducen en el interrogatorio de parte, si bien es cierto que debieron haberse expuesto durante la tramitación del PGOU, lo que hubiera evitado estas consideraciones que ahora nos ocupan, son motivos asumibles y tal es así que el propio demandante no los ha combatido. Se trata en definitiva de motivos que benefician el interés público al incrementar el suelo destinado a equipamientos, además de un tipo de equipamientos de los que la sociedad actual está necesitada, se justificaba en un concreto proyecto que pretendía desarrollar esa actividad, es decir, se estaba trabajando no con expectativas sino con proyectos concretos y determinados. No se admitieron peticiones concretas efectuadas en sentido contrario, para transformar suelo destinado a equipamientos en suelo destinado a uso residencial, lo que debe entenderse como una homogeneidad en el criterio de interpretación y el fin último, aumentar el suelo destinado a equipamientos.

Cita la demandante la STS 15/02/2006 (RJ 2006/4448) que contempla un supuesto de cambio de calificación en aprobación definitiva, en la que sobre la base del principio de confianza legítima, señala que no puede la Administración apartarse de sus propios actos, ahora bien, no se trata de supuesto similar al que nos ocupa, pues aunque se trata de cambio de calificación, en el supuesto examinado en aquella Sentencia existía un informe previo de la propia Administración, de la que se separó sin justificación alguna. El presente caso no existe ese informe previo de contenido positivo, y nadie duda que hasta la aprobación definitiva del PGOU la parcela que nos ocupa tenía planeamiento recogido y le era de aplicación el Plan Parcial del Sector 60-1 con sus limitaciones, y que la modificación se produce en la aprobación definitiva. No existe quiebra del principio de confianza, sino una determinada situación fáctica configurada por una normativa (Plan Parcial) que es modificada por la Administración que dispone de competencia para ello en ejercicio del “ius variandi”. Es decir, la demandante, ni las personas que la integran tienen derecho a que la situación urbanística de unos determinados terrenos quede, de una manera perpetua, en una determinada situación, sino que la Administración en ejercicio de esa potestad de “ius variandi” podrá introducir aquellas modificaciones que procedan en el cumplimiento de las finalidades que le son propias.

Podrá decirse que el cambio de calificación fue en cierta manera sorprendente, pero no que sea arbitrario, injustificado o contrario al interés público, que es lo que en definitiva se pretende por la demandante.

Se pretende también por la demandante la quiebra del principio de igualdad, porque según dice discrimina a las parcelas colindantes. No consta de una manera precisa cómo tiene lugar esa diferenciación no asumible por el ordenamiento jurídico, y lo cierto es que no existe prueba en orden a acreditar esa ilegítima discriminación, antes bien del interrogatorio de parte resulta justamente lo contrario, que las parcelas que se encuentran en una situación equivalente reciben un tratamiento homogéneo (contestación a la pregunta novena de dicho interrogatorio).

Tampoco se aprecia la desviación de poder que pretende la parte, alguno de cuyos motivos ya han sido examinados, y en cuanto al hecho de que la modificación sea posterior al trámite de información pública y que por tanto se ha vedado la posibilidad de ese trámite, sin dejar de ser cierto, tal y como ya se ha dicho más arriba, concurren las peculiares circunstancias que se han examinado y que permiten dejar a un lado la doctrina de que el recurso posterior no subsana la omisión del trámite de información pública.

En conclusión, lo dicho hasta aquí lleva a desestimar el motivo señalado.

**SEGUNDO.-** Sentado lo anterior procederá examinar los motivos aducidos por la demandante que se refieren al concreto proyecto presentado con fecha 26/12/2001 y cuya licencia es la que en definitiva se impugna en este recurso. Ataca aquí la licencia la parte sobre la existencia de una serie de infracciones que afectan a

materia de ocupación, altura, posición y aprovechamiento. Lo concluido en el fundamento anterior sirve para desestimar la cuestión relativa a la edificabilidad máxima, pues como se ha dicho, siendo de aplicación las normas generales del PGOU, el proyecto presentado no supera la edificabilidad máxima. La cuestión se centra en lo que se refiere a alineaciones y rasantes, retranqueos y sobre la forma de computar la altura del edificio. Puede decirse que la prueba pericial practicada en el presente recurso ha sido en cierto modo errática, pues a simple vista podría parecer que ha obtenido conclusiones diferentes en sus diversos informes, pero sin embargo, los mismos a pesar de lo que pueda parecer, guardan coherencia con lo sucedido, pues la perito en su primer informe trabaja con apreciaciones desde el exterior, sin embargo, en el segundo ya ha podido acceder al interior de la finca y ha empleado medios técnicos para una medición más correcta de las diferentes magnitudes a considerar para la emisión del informe.

Comenzando por la cuestión relativa a la posición del edificio, en su primer informe de fecha 17/10/2005 la perito señalaba la coincidencia con la norma de retranqueos a vial público y de una manera aproximada con la zona verde pública, respecto de retranqueos con otras parcelas, que estimaba en cinco metros, apuntaba que la zona bajo rasante, no cumplía la distancia de cinco metros, pero sí la que estaba sobre rasante (Conviene recordar ahora que la licencia que se impugna es la concedida en segundo lugar que no suponía obra bajo rasante). Después en la ampliación presentada con fecha 9/10/2006 con fundamento precisamente en el Plan Parcial al del Sector 60-1 se indicaba que la distancia era con otras parcelas de 1 ó 2 plantas de 3 metros y si era con 3 plantas, de 5 metros. Tras señalar que lo construido bajo rasante se separa en la parte visible al menos tres metros y queda un escalonamiento de alturas previsto en el Plan Parcial correspondiente corrige su conclusión anterior y señala que no incumple la normativa de aplicación, ni tampoco las plantas sobreedificadas, de lo que se concluye que no existe incumplimiento alguno en lo que se refiere a la posición del edificio.

**TERCERO.-** Respecto de la altura del edificio, en su primer informe la perito señala la imposibilidad de pronunciarse sobre este extremo al no haber accedido al interior de la parcela y no haber podido hacer las correspondientes mediciones (folio 5 de su informe) limitándose a señalar que con arreglo al plano con el que se obtuvo la licencia se cumple la normativa. En el informe de 20/07/2006 para cuya emisión ya pudo acceder a la parcela y dispuso de mediciones precisas, concluyó la perito informante que conforme al art. 2.2.21.c) del PGOU de 2001 conforme al que la referencia para la medición de altura será la cota de piso del local que tenga la consideración de planta baja, que se define: "En las parcelas en esquina, deberá situarse en una cota cuya diferencia con la rasante de la acera en el punto medio del lindero frontal de mayor longitud no supere 1,50 metros en más o en menos. El art. 2.2.2.4.b) entiende como lindero frontal "el lindero que delimita la parcela con respecto a la vía o el espacio libre al que de frente o desde el que tenga acceso permanente. Cuando se trate de parcelas con más de un lindero en contacto con vía o espacio público, tendrán la consideración de linderos frontales todos ellos, aunque se entienda como frente de la parcela solamente aquél en que se sitúe su acceso". Tras hacer las oportunas mediciones y con respecto al frontal de la calle Fanlo que es el que da acceso a la parcela, situando el nivel de la acera en su punto medio, resulta que la altura del suelo terminado en el edificio de la planta de acceso principal es de 1,278 metros, lo que suponía que estaba por debajo de 1,50 metros. Con respecto al frontal a la calle General Capaz, que es el de mayor longitud, y tras situar el nivel de la acera en la perpendicular a éste en su punto medio señalaba que la altura del suelo terminado en el edificio de la planta de acceso principal era de 1,880 metros, es decir, se superaba la altura de 1,50 metros. Todo esto le llevaba a concluir que en la construcción llevada a cabo, con arreglo a la primera licencia, se habla tomado como referencia la calle Fanlo, por donde se accede a la parcela, y como ya se ha visto más arriba no se superarían los 1,50 metros. Después señalaba que en la licencia que nos ocupa, la medición debería hacerse desde la calle General Capaz y por tanto, como ya se ha visto más arriba, existiría un exceso de 38 centímetros, lo que supondría considerar el semisótano como planta baja y por tanto

su cómputo a efectos de altura del edificio. Apuntaba la posibilidad de elaborar un Estudio de Detalle para establecer la cota de planta baja y los orígenes de medición de la altura, tal y como señala el art. 2.2. 21.2.e) del PGOU.

Pues bien, resultando que para la licencia que nos ocupa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2.21.2.c) debió considerarse el frontal con mayor longitud, solo puede concluirse, como hace la perito, que al ser el frontal con la calle General Capaz con el que debió hacerse el cálculo, y resultando que con arreglo a las mediciones señaladas se excede la diferencia de 1,50 metros, no puede sino concluirse que la edificación proyectada y autorizada excede la altura máxima al computarse como planta baja lo que se considera, semisótano por lo que procederá estimar este concreto motivo, y haber lugar a la anulación de la licencia por el motivo indicado.

Ahora bien, el hecho de que la licencia se haya concedido sin calcular las rasantes con arreglo al PGOU de 2001 lo que supone la existencia de una planta más a las permitidas, no supone que se trate de un proyecto que no sea susceptible de legalización, ni por tanto, que deba ser demolido tal y como pretende la demandante en el suplico de la demanda, pues como apunta la perito, en su informe, el artículo 2.2.21.2.e) del PGOU: "En los casos en que las condiciones topográficas lo justifiquen, será exigible un estudio de detalle para establecer la cota de planta baja y los orígenes de medición de la altura." Es decir, no se trata de una situación que de una forma palmaria evidente, no sea susceptible de legalización y de conformidad con lo dispuesto en el art. 196.a) de la Ley 5/1999 Urbanística de Aragón proceda la demolición de lo construido, sino que se trata de la situación prevista en el art. 196.b), que es la que deberá observarse por el Ayuntamiento de Zaragoza. Procederá en definitiva la estimación del recurso en el sentido acabado de señalar.

**CUARTO.-** No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes por no apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas en los términos del art. 139 de la LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

**PRIMERO.-** Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Compensación del Sector 60, Polígono 1, contra la resolución de la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 12/09/2003 por la que se concedía a la mercantil A. S.L. licencia de ampliación de actividad clasificada para la actividad de residencia de la tercera edad sita en calle Fanlo esquina Avda. General Capaz de esta Ciudad de Zaragoza.

**SEGUNDO.-** Anular dejando sin efecto la mencionada resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico.

**TERCERO.-** Reconocer como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente a que por el Ayuntamiento de Zaragoza se proceda de conformidad con lo dispuesto en el art. 196.b) de la Ley 5/1999 en relación con el art. 2.2.21.2.e) del P.G.O.U. No habiendo lugar al resto de pretensiones.

**CUARTO.-** No imponer las costas a ninguna de las partes. Así por esta mi sentencia, contra la que se puede interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dentro de los quince días siguientes a su notificación, lo pronuncio, mando y firmo.