

**TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA**

REQUERIMIENTO RETIRADA. CERRAMIENTO. IMPROCEDENCIA.

Necesidad proyecto conjunto de la comunidad.

Prescripción existente.

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a veintiuno de Marzo de dos mil once.

El Sr. D JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso/Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 273/10-AM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D. F.M.M., representado por la Procuradora Sra. M.B. y asistido por el Letrado Sr. B.C. y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Sra. S.S. y asistido por el Letrado Sr. M.M., sobre RETIRADA CERRAMIENTO GALERIA, y,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que mediante escrito de fecha 30.06.10 se interpuso por D. F.M.M. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente:

*“Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de fecha 02.03.10, recaída en Expte. 1101140/2008, por la que se ordenó requerir a D. F.M.M. Para que en el plazo de un mes proceda a retirada de cerramiento de galería en Avda. César Augusto nº 4, Esc. 1ª, 7º B de esta capital; así como contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la anterior”.*

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en Autos.

**TERCERO.-** Por Decreto de 28.10.10 se fijó la cuantía del recurso en indeterminada.

Recibido el procedimiento a prueba, por la actora se propuso documental y testifical, practicándose las declaradas pertinentes, tal como puede verse en las actuaciones.

Finalizado el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados y quedando el procedimiento para dictar Sentencia.

**CUARTO.-** Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se recurre la resolución de 27-4-2010 del Consejo de Gerencia de Urbanismo que confirmó en resolución la de 2-3-2010 que había requerido al recurrente para que procediese a la retirada del cerramiento de galería que incumplía

el art. 2.5.4 de las Normas del PGOU.

Se alega nulidad por falta de requerimiento de legalización, caducidad del expediente, falta de concreción del acuerdo, prescripción.

**SEGUNDO.-** El hecho se refiere a unas obras que fueron detectadas el 30-8-2008, pero la incoación del procedimiento tuvo lugar el 27-1-2010.

Como cuestión previa, cabe aclarar que si bien en todo momento se ha hecho referencia en la demanda y contestación a la LUA 5/1999, la norma aplicable es la nueva LUA 3/2009 de 17 de junio, que entró en vigor, según su DF 10º, el 1 de octubre, a los tres meses de su publicación, que había tenido lugar el 30 de junio. En cualquier caso, es irrelevante, ya que el art. 196 LUA, relativo al restablecimiento de la legalidad, y el 208, relativo a las obligaciones de restablecimiento, tienen su reflejo, respectivamente, en el 265.1 Ley 3/2009 y 279, regulándose quiénes son los responsables en el 277 de la actual Ley.

**TERCERO.-** Con relación a la caducidad del procedimiento, debe rechazarse, puesto que se incoó el 26-1-2010 y se notificó la resolución el 4-3-2010, no habiendo transcurrido el plazo de tres meses del art. 42.3 de la Ley 30/1992.

En este punto, la notificación debe darse por válida, pues se practicó en la persona de quien se encontraba en la vivienda, plenamente identificado, correspondiéndole al recurrente en su caso negar y probar la falta de relación con él de quien se encuentra en la casa. En cualquier caso, el 9 de abril de 2010 interpuso recurso de reposición, con lo cual en dicha fecha como tarde habría de darse por notificado conforme al art. 58 de la Ley 30/1992.

**CUARTO.-** En cuanto a la falta de orden de legalización, la misma es innecesaria, puesto que resulta evidente que no había tal legalización. El art. 2. 5. 4 del PGOU, según modificación puntual de 8-10-2008, dice lo siguiente: *“Las fachadas de los edificios no catalogados pueden ser modificadas por encima de la planta baja de acuerdo con proyectos de edificación redactados por técnicos competentes. El proyecto deberá estar referido al conjunto de las fachadas afectadas, siempre que garanticen la coherencia del conjunto arquitectónico que resulte, así como la de su relación con los edificios colindantes.*

*En edificios residenciales en régimen de propiedad horizontal, el proyecto técnico de modificación de fachadas debe haber obtenido la conformidad o acuerdo de la comunidad de propietarios, de acuerdo con las reglas contenidas en la Ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal, modificada por la Ley 8/1999 de 6 de abril.*

*El proyecto técnico de modificación de fachadas que se presente para su aprobación debe contemplar los cerramientos o acristalamientos de terrazas y balcones, siempre que los nuevos espacios cerrados satisfagan, en cuanto tales todas las condiciones exigidas por la normativa aplicable, tales como superficie de vuelo cerrado en relación con la fachada, características exigidas a los huecos a efectos de iluminación y ventilación de las piezas en que se abran, distancias, luces y vistas, etc. Deberán respetar, en todo caso, las limitaciones de superficie edificable, establecidas en las Normas Urbanísticas del Plan General.*

*Cerramientos en fachadas de Inmuebles Centro Histórico de la Ciudad.*

*En la zona B ( ) del suelo urbano consolidado, el cierre de terrazas o balcones, sólo será admisible si se satisfacen las condiciones establecidas por las normas de ornato vigentes en las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana. En esta zona, los proyectos técnicos de modificación de fachadas deberán obtener el informe favorable de la Comisión Provincial de Patrimonio Cultural, que condicionará tanto la solución de conjunto propuesta como su posible división en sectores o fases de obra para su ejecución.*

*Los nuevos cerramientos amparados en los proyectos técnicos solamente se admitirán en planos verticales que no sobresalgan de los planos envolventes de la fachada original. En ningún caso se autorizará por este procedimiento el cierre de superficies abiertas que no estuvieran cubiertas en el proyecto original de la obra de construcción del inmueble, tales como terrazas de áticos o balcones descubiertos.*

**Cerramientos existentes con anterioridad al proyecto conjunto.**

Cuando el edificio cuenta ya con cerramientos añadidos al proyecto original de la obra por los propietarios individuales, el proyecto debe prever su supresión, sustitución o armonización con la fachada reformada que contemple el nuevo diseño de conjunto.

Cuando en el edificio objeto del proyecto de modificación de fachadas, se hubieran cerrado con anterioridad espacios abiertos a fachadas exteriores o interiores del proyecto original, dicho proyecto deberá referirse a las fachadas completas donde se sitúen, proponiendo el tratamiento de dichos cerramientos como supresión, sustitución o armonización, la fachada reformada que contemple. En el caso de las fachadas exteriores y visibles desde la vía pública se considera fachada completa a estos efectos el plano de fachada o sucesión de planos de fachada que la compongan siempre que se sucedan sin interrupción por otros edificios.

En el supuesto que se prevea el cierre de terrazas o vuelos abiertos protegidos en el proyecto original por barandillas o antepechos que no fueran de fábrica similar al resto de las fachadas, el proyecto técnico de reforma debe contemplar su sustitución o integración en las galerías y miradores propuestos con la adecuación constructiva y arquitectónica que se exigirá en una obra nueva.

#### **Supuestos de Edificabilidad agotada en el solar.**

Cuando el edificio sobre el que se promueve un proyecto de modificación de fachadas que prevea el cierre de espacios abiertos hubiera agotado la superficie edificable que el planeamiento vigente atribuye al solar sobre el que se asienta el inmueble, la nueva superficie cerrada no puede superar, con carácter general, el 6 % de la superficie construida en cada planta en el proyecto técnico de obra nueva, autorizado en su momento.

Este porcentaje (6 %) limitará la totalidad de los vuelos y terrazas, interiores o exteriores, cerradas con posterioridad a la licencia original del edificio, a partir de proyectos aprobados de modificación de fachadas o por la vía de hecho, cuando impliquen la superación de la edificabilidad del solar sobre el que se asienta el inmueble, aunque los cierres se hubieran consumado en fases anteriores.

Excepcionalmente y por razones justificadas, tales como la integración de cerramientos preexistentes susceptibles de mantenerse, el porcentaje del 6% podrá superarse en plantas concretas del edificio, siempre que la totalidad de los cerramientos añadidos al proyecto original del edificio que impliquen exceso de edificabilidad no incluya una superficie superior al 6 % de la construida en el conjunto de las plantas alzadas susceptibles de ampliarse con nuevos cerramientos.

#### **Supuestos de superación de la edificabilidad máxima admisible.**

Cuando la ejecución del proyecto técnico de reforma de fachadas implique sobrepasar la superficie edificable atribuida al solar por el planeamiento urbanístico, su aprobación requerirá la obtención por los interesados de la habilitación necesaria para la materialización de dicho exceso por el procedimiento previsto en las Normas Urbanísticas del Plan General sobre compensación de excesos o defectos de aprovechamiento en Suelo Urbano Consolidado (art. 1.2.5.3). En el caso de que no vayan a ejecutarse en un primer momento todos los cerramientos previstos por el proyecto, los abonos correspondientes deberán realizarse por el promotor o promotores de cada fase de ejecución de acuerdo con el incremento de superficie edificable que en ella se hubiera de materializar.

En el caso de edificios anteriores a la Previsión del Plan General de Ordenación Urbana de 2002 que, sin estar fuera de ordenación, superen la edificabilidad atribuida por éste al solar que ocupen, la compensación determinada conforme a los criterios de las Normas se calculará sobre el incremento que suponga el proyecto de nuevos cerramientos con respecto a la superficie edificable autorizada en su momento.

#### **Procedimiento de ejecución de los cerramientos contemplados en el proyecto técnico.**

En patios interiores y fachadas no visibles desde la vía pública, se admitirá el cierre individualizado de espacios abiertos en la construcción original, siempre en ejecución del proyecto técnico de conjunto aprobado antes o simultáneamente a la autorización del primer cerramiento que lo desarrolle.

En las fachadas visibles desde la vía pública, la ejecución de los cerramientos deberá ser conjunta o por los sectores o fases en que el proyecto

*técnico divide cada fachada, de forma que quede garantizada la coherencia arquitectónica del conjunto en todo momento; en este caso, el proyecto técnico deberá completar la división de la fachada en sectores de ejecución con un programa que especifique el orden en que éstos han de realizarse. A estos efectos, no se considerará admisible el cierre individualizado de vuelos abiertos integrados en series verticales o composiciones rítmicas horizontales.*

*Orden de ejecución de adecuación de fachadas al proyecto conjunto de diseño urbano.*

*En los edificios donde se hubieren realizado cerramientos desordenados de terrazas y galerías aparentes desde la vía pública, el Ayuntamiento, a través de la Gerencia de Urbanismo, podrá requerir de la propiedad su adecuación para ajustarlas a un proyecto técnico conjunto con diseño unitario."*

En definitiva, la legalización requiere un proyecto conjunto de toda la Comunidad de Propietarios y, si la edificabilidad está agotada, como es el caso, según el informe de 2-12-2009, folio 21, establece unos determinados límites. En este caso, el recurrente fue notificado en su vivienda, recogiendo la notificación D<sup>a</sup> A.F.D., con DNI ..., sin que el recurrente hubiese indicado ni que se hubiese iniciado un proyecto conjunto por la Comunidad ni que él lo hubiese instado. Respecto de la notificación, otra vez debe reiterarse lo dicho, pues se cumple con el art. 59 de la Ley 30/1992, correspondiendo al recurrente probar, si dicha persona no es familiar ni tiene relación, tanto dichas circunstancias como la razón de que estuviese en la vivienda y recogiese la notificación.

**QUINTO.-** Con relación a la falta de concreción del acto, tiene razón, pues se trata de dos galerías, según el expediente y según nos diría después el testigo, señor A.M., mientras que tanto en la incoación como en el requerimiento se habla de "retirada de cerramiento de galería" no diciendo cuál de las dos o si ambas, lo que además, en su caso podría generar problemas si hubiese de ejecutarse forzosamente la resolución. Cierto es que podría entenderse que son las dos, según se deduce de la denuncia y de los posteriores informes, pero, como ahora se verá, es una cuestión irrelevante, porque concurre la prescripción.

En cuanto a la prescripción, obviamente, y por el principio de retroactividad de la norma sancionadora desfavorable, sólo será de aplicación la Ley 3/2009 si es más favorable que la relativa al momento en que la infracción se cometió, que según el Ayuntamiento habría sido en 30 de agosto de 2008, o al menos se descubrió en aquél momento. En cualquier caso, es la misma, cuatro años, según el art. 280 Ley 3/2009 en relación al 275.3 que según el 209 en relación al 204.c LUA.

Para resolver sobre la prescripción hay que partir de lo dicho en la Sentencia del Juzgado n<sup>o</sup> 4 de 11-5-2010. En ella se pone de relieve que en la denuncia inicial los Policía Local reflejaron que "según indagaciones" se estaba trabajando en cambio de suelos, cocina, posible reestructuración de tabiques, carpintería exterior, entre otras. También se dice en su denuncia que se estaba realizando, por una subcontratista de "L.T.M.A.", que sería "A.S.L.", el cerramiento de galería, pero no hay una percepción directa que se describa, ni se indica en qué consistieron las "indagaciones", como tampoco en la segunda visita, el 16 de octubre de 2008. Por otro lado, en la inspección urbanística de 7-11-2008, se dice que se ha procedido al cerramiento de galerías, pero, como dice la citada Sentencia "*resulta insuficiente para constatar la realidad de los hechos que con carácter genérico y escasa motivación se reflejan en el mismo, donde no constan las circunstancias concurrentes, ni los datos de los que se han servido para su elaboración, ni un mínimo detalle de cómo se ha realizado la comprobación que se menciona en el informe. La mera apreciación visual no puede entenderse determinante para concluir que se ha modificado la distribución de la vivienda, a no ser que existieran signos externos evidentes que, sin embargo, no se escribieron en el informe, como tampoco se explica si se han revisado proyectos originarios u otros documentos, o si sus conclusiones se extraen de las declaraciones de los interesados. En definitiva, en el Informe del Servicio de Inspección no se cumplen las mínimas vigencias de describir con cierta precisión las circunstancias tenidas en cuenta en cuanto a los hechos que motivan la infracción imputada*". En efecto, no se dice qué tipo de carpintería exterior, ni si la misma es nueva o tiene materiales modernos, ni tampoco

si es facilmente desmontable o no, ni si es un cierre completo o poco más que un cortavientos. Ante ello, si se tiene en cuenta que el testigo, anterior propietario del piso, afirmó sin tapujos y con plena seguridad que fue él quien realizó los dos cerramientos, el del salón y el de la cocina, poco después de comprarla en 1991, por lo que lo habría hecho en 1992 y 1993, no podemos saber si en 2008 se cambio la configuración, si se aumentó el cierre o si simplemente se cambiaron los materiales, en cuyo caso habría que ver si ello da lugar al restablecimiento a la situación anterior, cosa ya imposible, o a la situación original. Dado que no consta nada de ello, no se puede afirmar que se haya procedido a hacer un “cierre de galería” ex novo, con lo cual el mismo, similar al de muchos otros de la misma comunidad, habría prescrito, por transcurso sobrado del plazo de 4 años.

Por todo ello, procede estimar el recurso y anular las resoluciones recurridas.

**SEXTO.-** No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

### **FALLO**

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por D. F.M.M. contra la resolución de 27-4-2010 del Consejo de Gerencia de Urbanismo que confirmó en resolución la de 2-3-2010 que había requerido al recurrente para que procediese a la retirada del cerramiento de galería que incumplía el art. 2.5.4 de las Normas del PGOU, debo anular y anulo ambas, dejando sin efecto el requerimiento.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.