
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 42/2008. Sentencia de 15-04-2010

TEMA: PLANEAMIENTO

IMPUGNACIÓN INDIRECTA PGOU.

Ius variandi. Interés público.

Error cómputo planta sótano bajo rasante como planta baja.

Complejidad condiciones topográficas.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana (*ponente*)

D^a. Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a quince de abril de dos mil diez.

En nombre de S.M. el Rey.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección Primera), el recurso de apelación número 42 de 2008, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. N.C.A. y asistido por la Letrada D^a M.J.P.S., y por la Compañía mercantil A., S.L, representada por el Procurador de los Tribunales D. I.G.N. y asistida por el Letrado D. M.A.C.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 16 de octubre de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 347 de 2007, habiéndose adherido la parte apelada, la Junta de Compensación del Sector 60, Polígono 1, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a E.G.N. y asistida por el Letrado D. J.A.G.N.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo antes referido el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 16 de octubre de 2007 -rectificada en cuanto al error material producido por Auto de 5 de noviembre siguiente-, por la que con estimación del recurso interpuesto por la citada Junta de Compensación, se anuló la resolución recurrida por ser contraria al ordenamiento jurídico, reconociéndose como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente a que por el Ayuntamiento de Zaragoza se proceda conformidad con lo dispuesto en el artículo 196.b) de la Ley 5/1999, en relación con el artículo 2.2.21.2.e) del PGOU, no habiendo lugar al resto de pretensiones, y sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, el Ayuntamiento demandado y la mercantil codemandada interpusieron sendos recursos de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la desestimación del recurso contencioso-administrativo promovido; siendo admitidos dichos recursos y dándose traslado a la representación de la parte actora para que pudiera formalizar su oposición al mismo, lo que así hizo adhiriéndose en los mismos escritos de impugnación a las respectivas apelaciones, de los cuales se dio traslado al Ayuntamiento y mercantil apelantes, quienes se opusieron a la adhesión, y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebró la votación y fallo el día señalado, 7 de abril de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Compensación recurrente, anuló la resolución administrativa recurrida, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 12 de septiembre de 2003, por la se concedió a la mercantil A., S.L., licencia de ampliación de actividad clasificada para la actividad de residencia

de la tercera edad sita en la calle Fanlo esquina Avda. General Capaz de esta ciudad y licencia de obras para la ampliación de dicha residencia, al concluir el Juzgador que la edificación proyectada y autorizada excede la altura máxima al computarse como planta baja lo que se considera semisótano, y reconociéndose 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 artículo 196.b) de la Ley 5/1999 en relación con el artículo 2.2.21.2.e) del PGOU, desestimando el resto de pretensiones.

Dicha sentencia es recurrida por el Ayuntamiento de Zaragoza y por la codemandada al considerar sus respectivas representaciones, en contra de la conclusión a la que llegó el Juzgador, que las licencias se ajustan a la legalidad urbanística aplicable, habiendo incurrido aquel en error al apreciar la vulneración que estima que concurre. Adhiriéndose a la apelación la parte actora en los extremos que le son perjudiciales, y en concreto en cuanto no acogió ni la impugnación indirecta del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza por ella formulada, que había supuesto un cambio de ordenación en cuya aplicación se otorgaron las licencias recurridas, ni la pretensión de que se ordenara, como situación jurídica individualizada, el derribo de lo construido con base en dichas licencias en lo que excediese de lo legalizable. Adhesión que tiene su amparo en lo dispuesto en el artículo 85.4 de la Ley Jurisdiccional, que posibilita efectuarla al apelado en su escrito de oposición "razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia", como así se ha hecho en el presente caso, por lo que ha de rechazarse la inadmisibilidad que de tal adhesión se sostiene por la mercantil codemandada.

SEGUNDO.- Comenzando, por razones obvias, por el examen del primero de los motivos impugnatorios que se aducen en la adhesión, esta Sala no puede sino aceptar y dar aquí por reproducidos los amplios razonamientos expuestos en la sentencia recurrida con base a los que se rechaza la pretendida nulidad de las licencias recurridas que fundaba la actora en la nulidad del Plan General de 2001, en el particular por el que se cambió la calificación de la parcela sobre la que se ubica la residencia en cuestión, parcela 7.1 del sector 60, polígono 1, que pasó de uso dominante de vivienda unifamiliar, compatible con residencia comunitaria y hotelero, a equipamiento asistencial privado, número 6018, y a regirse por la normativa de equipamientos del Plan General, lo que implicaba un incremento de la edificabilidad sobre la que anteriormente tenía reconocida -del 0,38 m²/m² a 1 m²/m²-, al amparo del cual se solicitó y obtuvo la ampliación de las licencias. Sin que las alegaciones de la apelada en su adhesión, que no son sino reiteración de lo ya sostenido en la instancia -transcribiendo, incluso, parte del escrito de conclusiones-, hayan llegado a desvirtuar los razonamientos de la sentencia. Debiendo aquí añadirse e insistirse, frente a tales alegaciones:

Primero, que no cabe desconocer que conforme reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente por citar de las más recientes, la sentencia de 11 de mayo de 2009, con cita de otras anteriores, "no se puede fundar la impugnación indirecta de una norma de naturaleza reglamentaria -como es el planeamiento general- en la cesión de supuestos defectos procedimentales o formales durante su tramitación".

Segundo, que como ya hemos dicho en anteriores ocasiones, la indiscutible importancia de la memoria como elemento sustancial y de motivación del Plan no impide, sin embargo, hacer la apreciación de que no puede exigirse una motivación concreta y exhaustiva de cada alteración efectuada, como lo corrobora el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 23 de febrero y 8 de marzo de 1993, en las que se declara que "un Plan General no tiene por que contener una motivación o explicación concreta y minuciosa de los cambios de clasificación o calificación que haya dispuesto, referidos a una específica finca de un administrado, sino una motivación lo suficientemente amplia y justificativa de los cambios introducidos".

Y tercero, que el cambio de calificación de la parcela en cuestión se efectuó por la Administración demandada en el ejercicio del "ius variandi" que le compete en la ordenación del suelo, materia en la que, como es sabido, actúa discrecionalmente, que no arbitrariamente, sin que de la actividad probatoria practicada resulte acreditado que, como viene sosteniendo la Junta de Compensación, tal modificación carezca de justificación, sea irracional o discriminatoria, o que se haya incurrido en

desviación de poder, y al efecto basta con remitirse a los informes obrantes en las actuaciones, especialmente el emitido en contestación al interrogatorio formulado por la actora en periodo probatorio, del que el Juzgador ha efectuado una pormenorizada y acertada valoración que -se insiste- se ha de dar aquí por reproducida.

TERCERO - Entrando en el examen de los motivos impugnatorios aducidos en sus respectivas apelaciones por el Ayuntamiento de Zaragoza y por la codemandada, los mismos se basan, principalmente, en el error en que a su juicio ha incurrido el Juzgador en la valoración de las pruebas al considerar y computar como planta baja la que en realidad es una planta sótano, (bajo rasante, como así se consideró en la anterior licencia -aquí no cuestionada- concedida el 13 de julio de 2001, conforme a las prescripciones del Plan Parcial del Sector 60, sin que esa planta, ejecutada con arreglo a dicha licencia, se vea afectada por la ampliación de las licencias que se impugna, pues ésta se refiere fundamentalmente a la ampliación de la última planta, siendo todas las obras que comprende el proyecto de ampliación sobre rasante. Sosteniéndose además, por el representante municipal, por un lado, que dada la calificación de la parcela en cuestión, de equipamiento asistencial de carácter privado son de aplicación las condiciones de edificabilidad y la ordenación de la edificación previstas en los artículos 8.2.15.2 y 8.2.16.a), segundo supuesto, de las Normas Urbanísticas del Plan General, sin que exista altura reguladora o máxima a la que deba sujetarse la edificación, y, por otro, que las diferencias de medición realizadas una vez ejecutadas las obras pondrían de manifiesto una discrepancia entre lo proyectado y autorizado y lo ejecutado, diferencias explicables, como también afirma la representación de la codemandada, por las diferentes cotas e inclinaciones de las calles Fanlo y General Capaz, que, además, se encuentran a gran distancia del edificio.

Pues bien, pese a lo argumentado por las apelantes, no es de apreciar el error invocado. Sin negar la consideración de planta sótano que tenía la primera de las construidas sobre la parcela conforme a la licencia otorgada el 13 de julio de 2001, con arreglo a la normativa y prescripciones del Plan General de 1986 y del Plan Parcial del Sector 60, lo que es también innegable que la ampliación se basa en la nueva ordenación que, por el cambio de calificación, posibilita una edificabilidad superior, para cuyo cómputo habrá de tenerse en cuenta obviamente los nuevos parámetros, de modo que la ampliación se ha de ajustar a éstos. Lo que no es posible, como vienen a sostener los apelantes, es tener en consideración sólo los que son beneficiosos para los intereses que defienden. De manera que si bien con la normativa anterior aquella planta tenía la consideración de planta sótano -como consecuencia de que se tomaba como referencia la rasante de la acera de la calle Fanlo-, la misma no podía desconocerse y seguir considerándose como tal con independencia de las nuevas prescripciones y determinaciones si quería construirse con arreglo a ellas. El hecho de que ya estuviera ejecutada tal planta con la referida consideración en modo alguno podía determinar necesariamente que todo lo construido sobre ella lo fuera sobre rasante -que lo sería aplicando la normativa anterior-, pues ello sólo sería así de poder seguir considerándose como tal con arreglo a la nueva si se quería ampliar la edificación conforme a ésta. En definitiva, el nuevo Plan de 2001 atribuye una edificabilidad mayor a la parcela, mas para obtenerla habrán de respetarse las prescripciones y determinaciones de aquel.

Con tal premisa es claro que no se ha incurrido en error por el Juzgador al valorar la prueba pericial practicada, toda vez que el artículo 2.2.4.b) de las Normas Urbanísticas dispone que "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 aquel en que se sitúe su acceso", por lo que tiene la consideración de lindero frontal el de la calle General Capaz. Y conforme al artículo 2.2.21.2 "en los tipos de edificación abierta, la referencia para la medición de altura será la cota de piso del local que tenga la consideración de planta baja", definiéndose el suelo de la planta baja de acuerdo con los criterios que seguidamente se especifica, y entre ellos, en su apartado c) referidos a parcelas de esquina, como es el caso, establece que "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 ni en menos”. Lo que en el presente caso, conforme a la pericial practicada, que ha sido adecuadamente valorada en la sentencia, resultaba que al ser el lindero frontal de mayor longitud el de dicha calle General Capaz -aunque no sea éste el frente de la parcela-, y estar el suelo de la que se consideraba en el proyecto como planta baja a 1,88 metros de la rasante de la acera en su punto medio, se superaban los 1,50 metros, por lo que no podía considerarse como tal a efectos de medición de altura ni a efectos de excluir del cómputo de la edificabilidad lo construido bajo ella y, en cambio, que hubiese de considerarse planta baja lo que en el proyecto era planta sótano y tomar ésta como referencia a tales efectos. Con la consecuencia de que con tal consideración resulta tanto un exceso de altura -en una planta, al pasar de baja más dos a tener baja más tres- como de edificabilidad -cifrado por la perito judicial en 904,55 m², diferencia entre la superficie total edificada de la cuatro plantas de 6.294,25 m² y la permitida sobre rasante de 5.389,70 m².

A lo que ha de añadirse que carece de fundamento lo que ahora se alega por la representación municipal de que no existe altura reguladora máxima a la que deba sujetarse la edificación, cuando no se ha discutido en ningún momento, y así se ha considerado por todos los técnicos, incluidos los municipales, que la altura a la que había de sujetarse la edificación era la de 3 plantas -que es la prevista para la Zona A-4 en el artículo 4.2.12.2.3- y al efecto basta con remitirse a los informes municipales obrantes a los folios 101 a 107; haciéndose constar en este último por la Jefe de la Unidad de Proyectos que, en cuanto a la edificabilidad y ordenación, son de aplicación los artículos 8.2.15 y 8.2.16 de la Normas Urbanísticas, por lo que -se dice- "las limitaciones de posición, ocupación, altura serian las de edificación aislada"; y es que este último precepto -sobre ordenación de la edificación en los terrenos pertenecientes a la dotación local de equipamientos y servicios situados en suelo urbano consolidado-, prevé en el segundo de los supuestos de su apartado a) que se apliquen, como regulación de las condiciones de la edificación, "en parcelas que no se integren en manzanas cerradas, las disposiciones de posición establecidas en estas normas para edificación aislada, acorde con las condiciones tipológicas del entorno".

Y, así mismo, carece de fundamento lo alegado por la representación municipal de que las diferencias de medición realizadas una vez ejecutadas las obras pondrían de manifiesto una discrepancia entre lo proyectado y autorizado y lo ejecutado, pues en el proyecto no queda determinada cual es la referencia de la que se parte para fijar la rasante que tiene en cuenta. No puede concluirse que haya una discrepancia entre lo proyectado y realmente construido, y si, por el contrario, que no se tuvieron en cuenta las referencias y criterios previstos en el citado artículo 2.2.21.2.

Lo que sí se ha de reconocer son las especiales dificultades en las mediciones por las diferentes cotas e inclinaciones de las calles Fanlo y General Capaz, y distancia de ellas a la que se encuentra el edificio. Lo que ya advirtió la perito judicial en su primer informe al reconocer "difícil de explicar en planos la complejidad de desniveles que presenta este terreno en la realidad"; y que motivó, con ocasión de la ampliación acordada, que hubiera de recabar un informe de medición topográfica con instrumentos adecuados al efecto, como decía para justificar tal petición, "dado la topografía del terreno, la complejidad del edificio y la pendiente existente en la propia acera, resulta imposible saber con inspección ocular del lugar cual es la planta baja del edificio y respecto a qué punto de la acera se debe medir".

Mas, precisamente las especiales características del terreno y concretas circunstancias concurrentes, derivadas de lo ya construido amparado en una previa licencia con arreglo a la normativa anterior, llevaron a la perito a considerar aplicable el apartado e) del referido artículo 2.2.21.2, a cuyo tenor "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". De lo que resulta que, como acertadamente concluyó el Juzgador, si bien la edificación proyectada y autorizada se excede en la altura al efectuarse los cálculos conforme al apartado c) de dicho artículo -determinando la anulación de las licencias de ampliación-, ello no implicaba necesariamente la demolición de lo construido en

exceso, como pretendía la recurrente y mantiene en su adhesión en el presente recurso -que también en este particular se debe, por tanto, desestimar-, al ser susceptible de legalización, y ello mediante el estudio de detalle que posibilita el transcrito apartado e) y que, como razonó la perito, significaría “hacer coherentes ambos proyectos, ambas licencias y ambos planes aplicados a este edificio concreto”. De modo que si bien por aplicación del apartado c) e inexistencia de un estudio de detalle, que establezca una cota de planta baja distinta a la resultante de la estricta aplicación de aquel apartado, las licencias aquí impugnadas no son conformes a derecho, el exceso en altura y edificabilidad ejecutado con arreglo a aquellas pudiera ser compatible con la ordenación vigente mediante la aprobación de un estudio de detalle al amparo del apartado e), por lo que resultaba, en efecto, de aplicación el artículo 196 b) de la Ley Urbanística de Aragón vigente a la sazón. Por todo lo cual la sentencia ha de ser confirmada en su integridad.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas de los recursos de apelación a los respectivos recurrentes y las de la adhesión a los mismos a la Junta de Compensación, al desestimarse unos y otras, y no apreciar la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

FALLO

PRIMERO.- Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por el Ayuntamiento de Zaragoza y por la compañía mercantil A., S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 16 de octubre de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 347 de 2007 y la adhesión a los mismos formulada por la Junta de Compensación del Sector 60, Polígono 1, de Zaragoza.

SEGUNDO.- Imponemos las costas de los recursos de apelación a los respectivos recurrentes y las de la adhesión a los mismos a dicha Junta de Compensación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.