

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00255/2011

- N11600

C/ DECANO PRENDES PANDO 1-3 (PALACIO DE JUSTICIA).- GIJON

N.I.G: 33024 45 3 2010 0100207

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000156 /2010 /

Sobre: URBANISMO

De D/D*: LOPD
LOPD

Letrado: LOPD

Procurador D./D*: LOPD

Contra D./D* AYUNTAMIENTO DE GIJON, BAUGESTION DOS, S.L.

Letrado: LOPD

Procurador D./D* LOPD

ES COPIA

SENTENCIA

En Gijón, a veintidós de Diciembre de dos mil once.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de procedimiento ordinario número 156/10, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandantes Dña. LOPD, D. LOPD, D. LOPD y D. LOPD, representados por la Procuradora Dña. LOPD y asistidos por el Letrado D. LOPD, de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador D. LOPD y asistido por la Letrada Dña. LOPD y como codemandado Baugestión Dos, S.L., representada y asistida por el Letrado D. LOPD, sobre Urbanismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por los recurrentes se presentó en este Juzgado, recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido en tiempo y forma, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibiendo posteriormente el pleito a prueba, proponiéndose y practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.



TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo ha pesado sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 25-2-10 por la que se desestima el recurso de reposición presentado y mantiene la resolución de 27-10-09 por la que se concede a Baugestión Dos, S.L. licencia de apertura para complejo gerontológico (Centro de Alojamiento y Centro de Día) y Centro de transformación en calle de Monteviento 394 y camino de los Alamos 255.

Como fundamentos de derecho se alega el incumplimiento del RAMINP; la falta de cumplimiento de las determinaciones urbanísticas del Plan General en relación con los usos dotacionales; la falta de cumplimiento de las determinaciones urbanísticas del Plan General, Ordenanza 5.2.

Por la Administración demandada se solicitó la inadmisibilidad y subsidiariamente la desestimación del recurso. Por la parte codemandada se solicitó la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Se alega, en primer lugar, el incumplimiento del art. 30.2.a) del RAMINP por falta de notificación personal a los vecinos de la existencia del expediente. Consta en el expediente (folios 47 y ss) que Dña. LOPD , D. LOPD y D. LOPD presentaron escritos de alegaciones en el periodo de información pública (folio 58 del expediente), cuyas alegaciones fueron informadas por los Servicios Técnicos del Ayuntamiento (folios 59 y 60 del expediente) y que junto con el otro recurrente (D. LOPD presentaron recurso de reposición contra la resolución de 27-10-09. D. LOPD ha comparecido en este recurso asistido por el letrado D. LOPD quien tuvo acceso al expediente en el periodo de instrucción del mismo (folio 45 del expediente) de lo que ha de concluirse que los recurrentes han tenido conocimiento de la tramitación del expediente haciendo llegar a la Administración las alegaciones que estimaron oportunas, por lo que la falta de notificación personal del mismo no constituye un defecto invalidante de la resolución recurrida, al no existir indefensión de los interesados. Respecto al Sr. LOPD el mismo ha comparecido en este recurso con otros recurrentes que realizaron alegaciones al expediente antes de dictarse la resolución recurrida, sin que esté acreditado que el mismo padeciera indefensión por concurrir en él circunstancias específicas distintas del resto de codemandantes. No se acoge pues el motivo impugnatorio invocado.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Se alega asimismo la falta de cumplimiento de las determinaciones urbanísticas del Plan General en relación con

los usos dotacionales y la falta de cumplimiento de las determinaciones urbanísticas del Plan General Ordenanza 5-2.

A este respecto se ha de señalar que la resolución recurrida otorga a la codemandada licencia de apertura para complejo gerontológico. El art. 30 del RAMINP establece que recibidos los documentos a que se refiere el artículo anterior la Alcaldía podrá adoptar las siguientes resoluciones: 1.- Denegación expresa y motivada de la licencia por razones de competencia municipal basada en los Planes de Ordenación Urbana, incumplimiento de Ordenanzas Municipales y en la existencia de una actividad municipalizada con monopolio que pueda resultar incompatible con la que se pretenda instalar. Este precepto permite a la Administración fiscalizar el uso urbanístico que se pretende, pero no cualquier tipo de incumplimiento urbanístico que pueda constatarse cuando como sucede en el caso de autos tal control urbanístico se ha efectuado en otra resolución administrativa en la que se otorga licencia de obras. Así por resolución de 1-9-08 se otorgó de licencia de obras para modificar la concedida por resolución de 19-4-07 (folio 37 del expediente).

No estamos pues ante un procedimiento único en el que se otorgue simultáneamente la licencia de obras y la de apertura, sino ante la concesión de dos licencias distintas que tienen objetos diferentes, la de obra examinar la legalidad urbanística de las obras y la de apertura verificar si la instalación cumple las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad necesarias para el desarrollo de la actividad.

Ciertamente, como hemos reseñado, existe también en la licencia de apertura un control urbanístico al que se refiere la sentencia del TS de 11-11-93 al decir que no solo ha de comprobarse la conformidad de la actividad con la legislación sectorial protectora del medio ambiente y de la calidad de la vida, sino también con la licitud del emplazamiento de la actividad o del uso urbanístico que supone, equivaliendo por ello la licencia de apertura a la licencia urbanística en su aspecto de control del uso, actuando por tanto la potestad municipal en el ejercicio simultáneo de dos competencias atribuidas por sendos ordenamientos, el sectorial de las actividades clasificadas y el urbanístico (en el mismo sentido STS de 26-7-94).

En efecto, de admitirse que en el trámite de otorgamiento de licencia de apertura puede discutirse cualquier aspecto urbanístico del proyecto presentado ante la Administración Municipal, ello determinará el carácter superfluo o innecesario de la licencia de obras. Se trata sin embargo de licencias distintas que han de ser examinadas conforme a los criterios que les son propios (STS de 21-6-99 y 9-6-99), sin que sea preceptiva la intervención de terceros en el expediente de licencia de obras (lo que se señala en relación a la alegación de que la misma no fue notificada a los demandantes).

A instancia de la parte actora se practicó prueba pericial judicial sobre diversos incumplimientos de normativa urbanística alegados por la misma, realizándose informe en el que se concluye que se han efectuado movimientos de tierras en

la fachada NO del edificio destinado a dormitorios que cumplen lo establecido en el art. 4.6.13 (Movimientos de tierras del PGOU) habiéndose utilizado la solución de banquetes e incluyéndose dicha solución en el proyecto de ejecución modificado de septiembre DE 2008. Que la modificación del terreno supone la variación de la rasante original del mismo, estando admitida dicha modificación por el PGOU, en los términos expresados en el art. 4.6.13. Que la rasante natural del terreno a la que se refiere el art. 4.6.9 altura de cornisa es la rasante inicial u original y en su defecto aquella que se consigue con movimientos de tierra autorizados por la normativa, es decir, cumpliendo lo establecido en el art. 4.6.13. Dicho de otra manera si se efectúan movimientos de tierras que cumplan las especificaciones contenidas en el Plan General (como el caso de la fachada NO) la rasante resultante se considera rasante natural, a efectos de medir la altura de cornisa. Que del examen del plano que acompaña a la demanda (doc. 7) se deduce que durante la construcción de los edificios del Colegio Valmayor se llevaron a cabo modificaciones que desvirtuaron la topografía inicial y que con la normativa en vigor en el momento de la solicitud de licencia de obras para la residencia de la 3ª edad y actualmente, no se podrían admitir. Respecto a la tipología edificatoria dominante en el entorno es la edificación aislada, que es además la tipología adecuada para las necesidades del uso, señalando igualmente que no es necesaria la realización de un Estudio de Detalle para ordenar la volumetría de la edificación que acogerá el equipamiento (folios 229 y 230 de la causa).

El informe pericial después de señalar que la edificación cumple lo establecido en el art. 4.6.9 altura de cornisa del PGOU en toda su longitud indica que excepto en el tramo central de la fachada NO (aproximadamente el 10% de la longitud total de la fachada), añadiendo que la situación es legalizable, realizando un patio de instalaciones y utilizando el mismo procedimiento de banquetes de terreno usado en el resto de la fachada.

Por tanto de los diversos incumplimientos urbanísticos que fueron sometidos a dictamen pericial, la perito solo detectó un incumplimiento de la altura de cornisa en aproximadamente un 10% de la longitud total de la fachada NO que presenta, según manifestó en su comparecencia judicial una altura de 8'14 metros, aclarando que se trata de una actualización legalizable mediante una obra muy sencilla (minuto 19 de la grabación).

En consecuencia el recurso ha de ser desestimado, pues como ya hemos razonado el objeto del mismo es una licencia de apertura y no una licencia de obras, lo que conlleva que aquella (licencia de apertura) ha de ser fiscalizada para controlar la legalidad del uso urbanístico de la parcela o del emplazamiento de la misma con arreglo al Plan urbanístico pero no para decidir cualquier incumplimiento urbanístico (cuando ha sido otorgada una licencia de obras), como en el presente caso en que existe un incumplimiento de la altura de cornisa en una parte proporcionalmente mínima de la fachada NO y que resulta legalizable mediante una obra muy sencilla, según las manifestaciones de la perito judicial, lo que excede del



ámbito propio de la licencia de apertura impugnada, quedando extramuros del objeto de la misma.

TERCERO: De conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA, no apreciándose temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, no procede realizar condena en costas.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Dña. LOPD LOPD en nombre y representación de Dña. LOPD LOPD , D. LOPD , D. LOPD LOPD y D. LOPD contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 25-2-10 por resultar la misma conforme a derecho; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS