



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

SENTENCIA: 00186/2013

-

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA N° 1 ( NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2012 0000147

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000149 /2012 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D: LOPD

Letrado: D. LOPD

Procurador D. LOPD

Contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON, PROMOCIONES OPPIDUM NOEGA S.L.

Letrado: D.LOPD

Procurador D. LOPD

**SENTENCIA**

En GIJON, a quince de octubre de dos mil trece.

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 149/2012, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Don LOPD , representado por el Procurador Don LOPD , y asistido por el Letrado Don LOPD LOPD , de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD y como codemandada la mercantil "Promociones Oppidum Noega S.L." representada por el Procurador Don LOPD y asistida por el Letrado Don LOPD , sobre Urbanismo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por el recurrente 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 que ha pesado sobre el Juzgador.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón de 28-2-12 por el que se acuerda desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto; declarar la vivienda construida por Promociones Oppidum Noega S.L. al amparo de la licencia de obras concedida por resolución de 14-3-06 (doc licencia nº 269), en Granda (Pol. LOP Parc. LOPD) en situación de fuera de ordenación relativa, con las consecuencias establecidas en el art. 107 del TROTU, a que se deja hecha referencia en los fundamentos de derecho que anteceden.

Se señala en la demanda que el recurrente es dueño de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad nº 5 de Gijón, al tomo 1873, Libro 58, Sección 3ª, folio 47, finca nº LOPD, inscripción 2ª denominada del LOPD sita en el barrio de LOPD, Granda, concejo de Gijón. Es la parcela LOPD del polígono LOP del Catastro y tienen la configuración reflejada en la nota de la Oficina Catastral de Rustica. Que el 14-3-06 la entidad Promociones Oppidum Noega S.L. obtuvo licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar en Granda, Polígono LO, parcela LOP, que es colindante con la del recurrente. Se añade que como quiera que en la referida parcela se estaba construyendo una vivienda, sin respetar la distancia de retranqueo a la finca propiedad del actor, dicha entidad Oppidum Noega S.L. fue reiteradamente requerida, a fin de que interrumpiera la construcción y procediera a demoler lo edificado a distancia inferior a cuatro metros a contar desde el límite de la propiedad de la actora.

Sigue la demanda que el 11-4-07 el actor presentó escrito ante el Ayuntamiento de Gijón en el que denunciaba la comisión de una infracción urbanística por los referidos hechos, interesando la declaración de nulidad de la resolución que concedía la licencia de construcción y se ordenase la inmediata paralización de la construcción que la codemandada estaba ejecutando en la parcela LOPD del Polígono LO del Catastro y la demolición de la parte de la misma ejecutada a menos de 4 metros del límite de la propiedad del recurrente y apreciando que la parcela no es edificable, se anulase la licencia de obras fraudulentamente obtenida y la demolición de lo ilegalmente construido.

Se añade que precisamente por no ser edificable, pudo ser adquirida en el precio en que lo fue y para obtener la licencia de edificación y aparentar que se cumplen los parámetros exigidos, se recurrió al artificio de incluir en la parcela, como si formase parte de la misma, la franja de 5,5 metros de ancho con la que linda por el Oeste y que forma parte de la parcela LOPD del mismo polígono LOP, propiedad del actor. Que dicho trozo de terreno ni es ni fue nunca parte de



la finca propiedad de la denunciada en su día formó parte de la parcela <sup>LOP</sup> del polígono <sup>LO</sup>, propiedad de D. <sup>LOPD</sup> y esposa, y fue entregado por los mismos en el año 1972 en permuta a D. <sup>LOPD</sup> y Dña <sup>LOPD</sup>, padres del recurrente de quienes recibió éste por donación la parcela <sup>LOP</sup> en la que se integró la franja en cuestión, mediante la cual se dotó a la parcela <sup>LOPD</sup> de acceso directo al camino público.

Se dice en la demanda que fue interpuesta por el recurrente demanda de juicio ordinario frente a la codemandada siendo dictada sentencia de 13-6-08 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Gijón en autos de Procedimiento Ordinario 420/07 en la que se declara que la franja de 5,5 metros de ancho, comprendida entre el cierre de la parcela propiedad de D. <sup>LOPD</sup> y esposa, que se delimita por el oeste, y la cara exterior de la línea formada por estacas de hormigón, que la delimita por el Este, forma parte de la finca registral número <sup>LOPD</sup> del Registro de la Propiedad nº 5 de Gijón, inscrita al tomo 1873, libro 58, folio 47, parcela número <sup>LOPD</sup> del Polígono <sup>LO</sup> del Catastro, siendo propiedad del actor y que en consecuencia la demandada no ostenta derecho alguno sobre dicho terreno, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a abstenerse de perturbar el dominio del actor sobre el terreno litigioso. Dicha sentencia fue confirmada por la dictada en fecha 12-2-10 por la Sección 7ª de la AP de Asturias.

Como fundamentos de derecho se invoca el art. 49 del RD Leg 2/08, Texto refundido de la Ley del Suelo, el DL 1/04, el Decreto 278/07 y el PGOU de Gijón de 30-12-05 y el Texto refundido de la Adaptación a la Ley Autonómica del Suelo y Modificación de PGO de 2007.

Se señala que el titular de la licencia obró de mala fe ya que la licencia de construcción había sido obtenida en forma fraudulenta en base a atribuir a la finca, la parcela <sup>LOPD</sup> del polígono <sup>LOP</sup> del Catastro, unas características que no tiene. Se alega el incumplimiento de las condiciones de la licencia en lo referente a la distancia de retranqueo, no es sobrevenido, ya que la franja de terreno cuya propiedad se atribuía la codemandada jamás formó parte de la finca adquirida por la misma. Se indica que se requiere la restauración de la legalidad urbanística infringida mediante demolición de lo edificado de mala fe en la parte en que no respeta el retranqueo obligatorio respecto a la finca propiedad del actor, cuestión que la resolución elude voluntariamente estudiar y resolver.

Se invoca asimismo el art. 62.1.f) de la Ley 30/92.

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

**SEGUNDO:** Solicita la parte actora la nulidad de la resolución recurrida y de la licencia de construcción otorgada por resolución de 14-3-06 (folio 26 del expediente 005103/06) así como la restauración de la legalidad urbanística infringida mediante la demolición de la parte de la edificación ejecutada a distancia inferior a 4 metros del



límite de la propiedad del actor. Se argumenta que el titular de la licencia obró de mala fe y que había sido obtenida de forma fraudulenta al incluir en la parcela una franja de 5,5 metros de ancho que forma parte de la parcela <sup>LOP</sup> propiedad del actor.

Sobre esta cuestión el art. 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero. Es reiterada la jurisprudencia según la cual (STS 28-1-95) la licencia urbanística es un acto administrativo de naturaleza reglada mediante el cual la Administración actúa un control preventivo sobre la actividad de los administrados para asegurar que el aprovechamiento de los terrenos que se pretende llevar a cabo se ajusta a la ordenación urbanística. En consecuencia no corresponde al Ayuntamiento controlar, a través de las licencias, la titularidad dominical de los terrenos, ni éstas son instrumento adecuado para verificar situaciones jurídico-privadas, cuya definición por otra parte, no había de corresponder a la Administración, sino a los Tribunales del orden jurisdiccional civil, lo que se traduce en la operatividad de la cláusula "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero", del art. 12 del RSCL. Ello lleva al TS en la sentencia de 16-12-86 a afirmar que otorgándose las licencias, sin perjuicio de terceros y salvo siempre el derecho de propiedad, no debe ser óbice a su concesión "la circunstancia de existir contienda o duda sobre la propiedad o mayor o menor anchura del sendero y la posible incidencia sobre él del muro construido, pues esto es materia que corresponde resolver a la jurisdicción civil en un eventual litigio sobre la titularidad dominical".

Esta doctrina jurisprudencial resulta matizada por otras sentencias que admiten la procedencia de la denegación de las licencias en los casos en los que, si bien con la mera eficacia prejudicial establecida en el art. 4 de la Ley de esta jurisdicción, resulta probada la titularidad pública del terreno o existen dudas razonables sobre la titularidad privada de aquel.

Sin embargo en el presente caso la solicitud de licencia y documentación acompañada con la misma (folios 2 y ss. del expediente 005103/2006), especialmente la información gráfica catastral (folio 4 del expediente) determinan una apariencia de titularidad (a que se refiere la sentencia del TS de 12-11-01) que justifica la conformidad a derecho de la licencia otorgada.

Consta en el expediente (folio 71) el informe del vigilante municipal de 11-5-07 en el que se dice sobre la situación de la vivienda en la parcela y su distancia respecto al límite mas cercano a la citada franja y al muro de bloque de hormigón que cabe indicar que la vivienda no está situada tal y como aparece en el plano nº 1 del proyecto presentado donde se indica una separación al muro de bloque de 10,26 m siendo la real en uno de los vértices de 6,38 m y en el otro de 8,56 m. Se añade que por lo expuesto la vivienda actualmente sí guarda una distancia mayor de 4 m de separación al muro de bloque de la parcela colindante, pero si bien

finalmente la Administración con competencias determina que la citada franja no pertenece a la parcela donde se construyó no se guardaría la distancia mínima de 4 m a la parcela colindante, además de poder influir sobre la volumétrica.

La titularidad de la franja litigiosa fue objeto del procedimiento ordinario 420/07 finalizado por sentencia de 13-6-08 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Gijón (folios 106 y ss. del expediente) que declaró dicha franja propiedad del actor, cuya resolución judicial fue confirmada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) en la sentencia de 12-2-10 (folios 114 y ss. del expediente).

Ocurre que dichas resoluciones judiciales son muy posteriores a la concesión de licencia y en el momento de su concesión la Administración no tenía conocimiento del conflicto existente sobre la propiedad de la franja litigiosa y de ahí que el otorgamiento de la licencia realizado a quien ostenta una apariencia de titularidad sobre la parcela sobre la que se quería construir una vivienda, según el proyecto presentado, resulta ajustada a derecho, pese al contenido de las sentencias civiles reseñadas y ello por aplicación del art. 12 del RSCL ya mencionado.

Se alega por el recurrente que la licencia concedida vulnera el art. 577.1.b) del ROTU según el cual serán nulas de pleno derecho las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres, públicos o privados. Sin embargo consta en el expediente el informe técnico municipal de 24-6-10 (folio 132 del expediente 005103/06) en el que se dice que es irrelevante la superficie de la finca puesto que no existe edificabilidad en Núcleo Rural, pudiendo construirse sobre rasante un máximo de 250 m<sup>2</sup> (la calificación del suelo como suelo no urbanizable núcleo rural aparece en el informe técnico municipal de 14-3-06, folio 24 del expediente 005103/06). Y en el informe técnico municipal de 25-3-11 (folio 35 del expediente 014632/07) se señala que en el suelo no urbanizable la capacidad edificatoria de un finca situada en NR no depende de su superficie, de tal forma que independientemente del área de la parcela edificable, la vivienda máxima permitida es siempre de 250 m<sup>2</sup> construidos computables .

Por tanto no existe vulneración del Art. 577.1.b) reseñado en cuanto no existe infracción de la zonificación o uso urbanístico de un espacio libre privado, puesto que la parcela litigiosa resultaba edificable.

Asimismo se alega por el recurrente que la concesión de licencia es nula por aplicación del art. 62.1.f) de la Ley 30/92 que considera nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Sin embargo este precepto no resulta aplicable a aquellos actos que no dan lugar al nacimiento de un derecho o facultad, sino que únicamente remueven el obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente, lo que ocurre en el caso de las licencias.

Invoca el actor el art. 49 del RD Leg 2/08 según el cual los propietarios y titulares de los derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior (acción pública) podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas.

Ha de señalarse que las sentencias civiles ya reseñadas condenan a la demandada a abstenerse de perturbar el dominio del actor sobre el terreno litigioso, pero no acuerdan la demolición que ahora se pretende.

La resolución recurrida no ordena tal demolición sino que declara a la vivienda construida al amparo de la licencia de obras concedida por resolución de 14-3-06 en situación de fuera de ordenación relativa, con las consecuencias establecidas en el art. 107 del TROTU, al entenderse que si bien en el momento de la concesión de la licencia la edificación proyectada sí cumplía la distancia de retiro a colindancia, no la cumple en la actualidad, no resultando conforme su ubicación a la normativa urbanística por una causa no existente en el momento de la concesión de la licencia.

Esta solución se adapta al principio de proporcionalidad o de congruencia de medios y fines a que se refiere el art. 84.2 de la Ley 7/85, teniendo en cuenta además que la ilegalidad urbanística sobrevenida no alcanza a toda la construcción realizada sino a parte de ella y que dicha solución supone la "congelación" de la construcción afectada; en cuanto, como se dispone en la propia resolución recurrida, no podrán realizarse obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero si las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble.

Por tanto la validez de la licencia otorgada no resulta afectada por el hecho de que con posterioridad a su concesión se haya determinado judicialmente que una franja de terreno incluida en el proyecto inicial no forma parte de la parcela sobre la que se ha construido la vivienda, según lo establecido en el art. 12 del RSCL y la interpretación jurisprudencial que del mismo realiza el TS en las sentencias mencionadas.

Esa determinación de la propiedad de la franja litigiosa conlleva un incumplimiento de la vivienda del codemandado del régimen de distancias a la parcela colindante. Tal incumplimiento no comporta la demolición de la parte de construcción que infringe dicho régimen, al tratarse de una circunstancia sobrevenida al otorgamiento de la licencia, siendo la solución adoptada por la Administración de declarar la vivienda en situación de fuera de ordenación relativa ajustada al principio general de proporcionalidad en la actuación administrativa, ya reseñado, en cuanto se trata de una construcción que en parte no cumple el régimen de

distancias a finca colindante respecto a la cual la Administración no puede adoptar otras medidas de restauración de la legalidad urbanística, al estar amparada dicha construcción por una licencia cuya validez no ha sido desvirtuada.

En definitiva el recurso ha de ser desestimado.

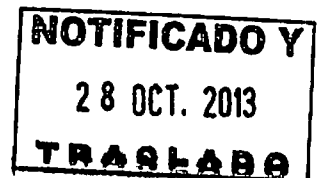
**TERCERO:** En materia de costas de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA no procede su imposición, habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

#### FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. <sup>LOPD</sup> en nombre y representación de Don <sup>LOPD</sup> contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 28-2-12 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.



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