



Roj: **STSJ CANT 400/2015 - ECLI:ES:TSJCANT:2015:400**

Id Cendoj: **39075330012015100137**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2015**

Nº de Recurso: **19/2015**

Nº de Resolución: **155/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ESTHER CASTANEDO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Santander, núm. 2, 10-10-2014,  
STSJ CANT 400/2015**

## **SENTENCIA nº 000155/2015**

### **Ilmo. Sr. Presidente:**

Don Rafael Losada Armada

### **Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Doña Clara Penin Alegre**

Doña Esther Castanedo Garcia

En la ciudad de Santander, a diecisiete de abril de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso de apelación número **19/15**, interpuesto por **AYUNTAMIENTO DE COLINDRES**, representado por el Procurador Sr. Revilla Martínez y asistido por el Letrado Sr. Revenga Sánchez, contra la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- administrativo número 2 de Santander, siendo parte apelada **EDIFICACIONES ALFEMAR 99, S.L.** representada por la Procuradora Sra. Monar González y defendido por el Letrado Sr. Pardo Fernández.

Es ponente de esta sentencia la Ilma. Sra. Doña Esther Castanedo Garcia, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : El recurso de apelación se interpuso el día 10 de noviembre de 2014, contra la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- administrativo número 2 de Santander que estimaba el recurso interpuesto, anulaba el acto impugnado y declaraba el derecho del demandante a obtener la licencia de primera ocupación que dicho acto denegó, imponiendo las costas a la parte demandada.

El acto administrativo impugnado era la resolución de fecha 21 de julio de 2011 por la que se denegaba la licencia de primera ocupación de un edificio de 34 viviendas, locales y garajes en el campo de las Ferias de Colindres, recurrido en reposición, no existe resolución expresa al recurso potestativo.

El juez de instancia analiza cada una de las pretensiones del recurso para concluir que hay que estimar la demanda, anulando el acto, y concediendo la licencia de primera ocupación.

**SEGUNDO** : En su escrito de apelación, el Ayuntamiento recurrente realiza las siguientes alegaciones:

1º.- Error en la apreciación de la prueba.



2º.- Error al considerar que tras presentar la constructora un proyecto de ejecución la administración no contestó a esto.

3º.- Error en la aplicación del artículo 185 de las Ley del Suelo de Cantabria .

4º.- Error en la valoración de la prueba pericial judicial.

La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso de apelación alega:

1º.- Que la naturaleza jurídica de la condición no es tal.

2º.- Que el edificio cumple con lo exigido en el planeamiento urbanístico vigente.

3º.- La correcta valoración en sentencia de la prueba pericial judicial practicada

**TERCERO** : Tras la personación de ambas partes ante este Tribunal, y no habiéndose solicitado trámite de prueba o de conclusiones, se señaló fecha para la votación y fallo que tuvo lugar el día 18 de marzo de 2015, en que efectivamente se deliberó, votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** : La sentencia impugnada es de fecha 10 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- administrativo número 2 de Santander , la misma estimaba el recurso, anulaba el acto impugnado, concedida la autorización inicialmente denegaba y todo con condena en costas a la parte demandada.

**SEGUNDO** : Del objeto del recurso. El objeto de los recursos contencioso- administrativos viene establecido y fijado por el acto que se recurre, puesto que esta jurisdicción, por su naturaleza revisora, tiene que enjuiciar, según los argumentos de las partes, la corrección de lo actuado por la administración.

En este caso el acto administrativo recurrido en primera instancia era la resolución de fecha 21 de julio de 2011 por la que se denegaba la licencia de primera ocupación de un edificio de 34 viviendas, locales y garajes en el campo de las Ferias de Colindres, recurrido en reposición. No se entiende cómo todo el debate jurídico esgrimido en primera instancia, y que sustenta la sentencia apelada se centra en la validez de las condiciones establecidas por el Ayuntamiento de Colindres en otro acto administrativo, distinto del impugnado, que no es objeto de este pleito, y que no lo puede ser de ningún modo al ser un acto firme, consentido por todas las partes, anterior e independiente al actual.

Efectivamente, la licencia de obra, que contenía diversas condiciones, fue otorgada a EDIFICACIONES ALFEMAR 99, S.L. en fecha 7 de septiembre de 2006, con plena conformidad de todas las partes, puesto que no fue objeto de impugnación alguna. Por lo tanto, si se impugna en este momento la denegación de la licencia de primera ocupación, será por causa del contenido de este acto, de 2011, no por causa del contenido del acto de 2006, como hemos dicho consentido y firme.

En todo caso, según se redactan en el artículo 31.1º de la LJCA las pretensiones de las partes, éstas no pueden alcanzar a afectar a un acto no impugnado. Lo manifestado anteriormente supone ir en contra de las reglas generales del Título III de la LJCA.

**TERCERO** : Del incumplimiento imputado. En todo caso, y teniendo que entrar a examinar la sentencia impugnada, para contestar a cada uno de los motivos de apelación, la causa de denegación de la licencia de primera ocupación es el incumplimiento de una de las condiciones fijadas en la licencia de obra. La condición cinco relativa a la distancia mínima entre fachadas o eje de las calles que no será inferior a la mitad de su altura con un mínimo de cuatro metros.

Tal condición, reiteramos que consentida por las partes, no remite ni a la Ley del Suelo, ni a planeamiento alguno. Es una condición completa que no invoca preceptos o normativa, no tiene que ser interpretada o integrada de ningún modo y supone examinar si el resultado de la edificación se atiene a la misma o no. Es decir, hay que medir la realidad física y hacer una sencilla operación aritmética. Con esta base y en atención a los informes de los técnicos municipales, el Ayuntamiento deniega la licencia de primera ocupación.

La sentencia apelada, se basa en un estudio de lo que debe ser una condición urbanística, para llegar a la conclusión de que aquella se debe tener por no puesta. En lo que creemos que es un claro exceso ya que se afecta al contenido de un acto administrativo, la licencia de obras, no impugnado. Aún más, cuando la propia sentencia dice que esa condición de las distancias es legal y acorde, según el ponente, con el planeamiento aplicable a la zona.



**CUARTO** : Sobre el pronunciamiento, obiter dicta o a mayor abundamiento de la sentencia impugnada. No debiendo abusar de estos pronunciamientos, ya que los mismos no sirven para llenar de argumentos jurídicos una sentencia, lo cierto es que, para fortalecer el argumento jurídico anterior, el juzgador de instancia añade, que además existe una pericial judicial que dice que estas medidas exigidas en la condición de la licencia de obra se cumplen.

Aunque no nos encontremos con un argumento jurídico de la sentencia, sino con una obiter dicta, mostramos sorpresa al entender que existe una prueba que dice que la condición de guardar las distancias se cumple, pero el procedimiento en vez de ir dirigido a concretar con una prueba tan sencilla como una medición que se cumple todo lo exigido por el Ayuntamiento, se ha enrevesado hasta llegar a hacer disquisiciones jurídicas sobre la naturaleza de unas cláusulas que nos son parte del acto administrativo impugnado, y llegar a invalidarlas, sólo para dar cobertura legal a una edificación que, según la sentencia, y con apoyo en el informe pericial judicial, cumple la condición exigida.

Lo cierto, es que tal pericial judicial no es ni mucho menos tan clara ni tan contundente desde el momento, que no dice que se cumpla con la distancia exigida en la condición quinta, es decir, la mitad de la altura del edificio hasta el eje de la calle. Lo que hace el perito arquitecto es aclarar después de todas las impugnaciones del planeamiento de Colindes, qué instrumentos están vigentes y son aplicables (recordemos que no es jurista) para, a través de los mapas que figuran en el PGOU de 1964 concluir, que son defectuosos y que no es posible "precisar la distancia examinada" -página 13 de 13 del informe unido a autos de fecha 17 de septiembre de 2013.

**QUINTO** : Con respecto a las demás alegaciones:

1º.- La licencia de obras se concedió tras examinar el proyecto básico de ejecución presentado por EDIFICACIONES ALFEMAR 99, S.L. Posteriormente, la sociedad aportó proyecto de ejecución. Tal aportación no supone abrir trámite o procedimiento administrativo alguno. Lo único que supone es que se completan las precisiones técnicas del proyecto básico aprobado. No existe trámite legal que obligue al Ayuntamiento a examinar el proyecto de ejecución y pronunciarse sobre el mismo. En todo caso, seguimos con un debate vacío, ya que nos encontramos con actos administrativos anteriores, firmes y consentidos. Fue voluntad de EDIFICACIONES ALFEMAR 99, S.L. presentar desde el principio un proyecto básico y no uno completo (suponemos que para abaratar costes). Tras la concesión de la licencia de obras fue voluntad de EDIFICACIONES ALFEMAR 99, S.L. no recurrir su condicionado. Tras la presentación del proyecto de ejecución con este problema de medidas, EDIFICACIONES ALFEMAR 99, S.L. no puso de relieve ninguna incidencia con respecto a las distancias que pudiera suponer modificación de la licencia de obras que diera cobertura legal a la edificación que proyectaba.

2º.- Además de a la pericial judicial, en la sentencia se debiera haber hecho referencia a los informes de los técnicos municipales, que constan en el Expediente administrativo, que acudieron al lugar de los hechos y midieron la real distancia del edificio al eje de la calle para concluir, que según la altura del edificio, declarada por el director técnico de la obra, no se llega a cumplir el requisito.

3º.- La licencia de primera ocupación tiene por finalidad exclusiva:

- a) Comprobar que el edificio construido (o la ampliación del mismo) y la urbanización realizada simultáneamente, en su caso, se han realizado con arreglo al proyecto técnico y la licencia urbanística concedida en su día.
- b) Cerciorarse de que lo construido reúne las condiciones técnicas de seguridad, salubridad y ornato públicos.
- c) Confirmar que el edificio puede destinarse a determinado uso.

2.- Están sujetos a licencia de primera ocupación:

- a) Las edificaciones fruto de obras de nueva planta o ampliación.
- b) Los edificios que han sido objeto de sustitución y reforma o rehabilitación, dando lugar a una configuración distinta a la preexistente.

4º.- La disconformidad de la obra con el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación impide autorizar la ocupación, así lo viene estableciendo el Tribunal Supremo desde antiguo ( STS 7.11.1981 ).

En conclusión es válido el acto impugnado que tras realizar una comprobación concreta y determinada concluye un incumplimiento de distancias por parte del edificio no desacreditado a través de las pruebas practicadas en primera instancia.



**SEXTO:** De conformidad con el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la expresa condena en costas de las generadas en esta instancia. Se revoca la condena en costas realizada en primera instancia, al haber sido revocada la sentencia.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación promovido por **AYUNTAMIENTO DE COLINDRES** contra la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Santander, siendo parte apelada **EDIFICACIONES ALFEMAR 99, S.L.**, revocamos la sentencia de primera instancia con su condena en costas y mantenemos la validez del acto administrativo impugnado, sin costas en esta instancia y se revoca la condena a las misma en la primera instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA DON Rafael Losada Armada, CON RELACIÓN A LA SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2015 RECAIDA EN LOS AUTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN Nº **19/2015** QUE SE TRAMITA EN ESTA SALA SOBRE LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.

**PRIMERO.-** Con el respeto y consideración que merecen las lltmas. Sras. Magistradas que han suscrito la decisión adoptada mayoritariamente en la sentencia respecto a la que emito este voto particular, debo manifestar mi desacuerdo en cuanto al contenido del fallo estimatorio del recurso de apelación que revoca la sentencia del magistrado juez de instancia de 10 de octubre de 2014 que estimó el recurso contencioso administrativo y anuló el acto impugnado de desestimación de la licencia de primera ocupación declarando, asimismo, el derecho a la obtención de dicha licencia de primera ocupación, con imposición de las costas a la administración demandada.

**SEGUNDO.-** La sentencia de esta sala admite que la causa de denegación de la licencia de primera ocupación es el incumplimiento de una de las condiciones fijadas en la licencia de obra que es la condición 5 relativa a la *"distancia mínima entre fachadas principales del edificio proyectado a los colindantes o eje de las calles, que no será inferior a la mitad de su altura, con un mínimo de cuatro metros"*.

Esta sentencia, separándose del criterio de la de instancia en cuanto acoge el criterio sostenido por el perito judicial, sostiene que su informe (pericial judicial) no es claro pues no dice que se cumpla la distancia exigida en la condición 5 y se limita a mantener que no es posible precisar la distancia cuando debe hacerse referencia a los informes técnicos municipales que constan en el expediente administrativo que sí midieron la distancia al eje de la calle y concluyeron que se incumplía la condición 5 de la licencia de obra.

**TERCERO.-** Debe dejarse constancia previamente de lo siguiente.

La licencia que concede la Junta Local del Ayuntamiento de Colindres de 7 de septiembre de 2006 es una licencia urbanística que se somete a la condición 5.

Esta misma licencia urbanística en su condición 8 establece que no se podrán iniciar las obras sin la previa presentación del proyecto de ejecución en el que se acreditará el cumplimiento de las prescripciones anteriores.

La mercantil Edificaciones Alfemar 99 SL presenta en plazo (29 de enero de 2007) proyecto de ejecución correspondiente al proyecto básico de 34 viviendas, locales y garajes en la plaza Campo Las Ferias de Colindres; previamente el 6 de noviembre de 2006 se le había concedido una prórroga de dos meses y posteriormente el 25 de enero de 2007 una segunda prórroga por igual plazo, sin que hasta la fecha el ayuntamiento se haya pronunciado sobre la licencia de ejecución.

La resolución de 21 de julio de 2011 de la Junta de gobierno Local deniega la licencia de primera ocupación de dicha edificación con fundamento en los informes técnico y jurídico de 14 y 19 de julio de 2011.

**CUARTO.-** La certificación del cumplimiento de las condiciones urbanísticas de la licencia de 7 de septiembre de 2006 que el arquitecto don Ovidio suscribe el 30 de noviembre de 2010, consta a los folios 212 y siguientes del expediente administrativo de la siguiente forma:



"Al eje de la calle El Sol, en la situación en que dicha calle se encontraba cuando se solicitó la licencia de obras, el edificio guarda un pequeño escorzo, ya que no es del todo paralelo. La distancia en el punto medio es de 9,09 metros, en el punto más cercano de 8,63 metros y en el punto más alejado es de 9,25 metros.

Como se puede ver la distancia en el punto medio es inferior en 6 centímetros a los 9,15 metros necesarios.

Esta distancia supone un 0,65 % de error. Sin embargo en el punto más cercano al eje la distancia es de 8,63 metros que es superior en 1,31 metros a la distancia necesaria que sería un 80 % de la mitad de la altura, esto es, un 80 % sobre 9,15 metros=7,32 metros.

En el otro extremo de la fachada la distancia es de 9,25 metros, superior en diez centímetros a los 9,15 necesarios.

Este pequeño error en la distancia del punto medio de la fachada pudo ser forzado por la intención de colocar el edificio guardando la alineación (paralela) que disponía la calle El Sol, la alineación de los espacios cedidos al ayuntamiento en la parte trasera del solar y a las alineaciones en el campo de las Ferias.

Es evidente que en el solar que disponía edificaciones Alfemar 99 SL se podía haber situado el edificio de manera que hubiera guardado mayor distancia que la que en la realidad lo ha hecho.

Este error no supone en ningún caso que el edificio se haya construido con más volumen ni que el vial de 14 metros haya menguado su tamaño. Lejos de ello, el vial construido dispone de 14,15 metros de anchura.

Todas las distancias a linderos son correctas tal y como se demuestra en el plano adjunto."

**QUINTO.-** Sin embargo, no es hasta el 14 de julio de 2011 cuando se emite informe por el arquitecto técnico municipal que llega a la conclusión que la separación de la fachada del edificio al primitivo eje de la calle El Sol medido en el centro de la planta baja, es de 6 metros, siendo la separación mínima exigida por las ordenanzas del PGOU de 1964 de 9,25 metros, más interpolación lineal de los voladizos; previamente, en informe de 3 de marzo de 2011, el mismo técnico municipal en la consideración técnica cuarta había dicho que la distancia al eje de la calle El Sol era menor a 7 metros (indefinición) y mencionaba el incumplimiento de otra serie de cuestiones urbanísticas que, con posterioridad, se revelaron al fin inexistentes tras el análisis y restituciones cartográficas que fueron facilitadas por la mercantil Alfemar 99.

Se observa, por tanto, que no concurre alguna otra vulneración de la licencia urbanística inicial y que resulta fundamental para esclarecer la distancia al eje de la calle, saber cuál es el eje de la calle El Sol que ha de marcar la distancia a la fachada principal del edificio litigioso que no resulta ser un tema pacífico; el técnico municipal como hemos visto dice que ha de ser el primitivo eje de la calle y la mercantil Alfemar 99 SL que ha de regir el eje de la calle que existía en el momento de otorgarse la licencia urbanística y que si se utiliza esta referencia la distancia al eje -como ha reconocido el arquitecto don Ovidio - es de 9,09 metros por lo que faltarían unos pocos centímetros, seis, para llegar a la distancia exigible que es la mitad de la altura de la edificación construida.

Esta cuestión resulta esencial pues el perito judicial también distingue el eje del antiguo vial (anterior a las cesiones de 2001) y el eje del nuevo vial (tras las cesiones realizadas con posterioridad a 2001) sobre el que nada dice el planeamiento de 1964, por cierto no publicado en el BOC y por tanto ineficaz, lo cual no facilita el conocer la referencia para el cómputo de la distancia al eje del vial que, por otra parte, el perito judicial considera conforme a las determinaciones y por ello estima, finalmente, que el proyecto sobre el que se concedió la licencia de obras sí se corresponde con las ejecutadas.

**SEXTO.-** Por eso mismo, el magistrado que suscribe este voto particular, ante la tesitura de aplicar la distancia al eje de la calle El Sol, si con referencia al antiguo eje anterior a 2001 o al nuevo eje, teniendo en cuenta que el planeamiento de 1964 resulta ineficaz por falta de publicación y que el técnico municipal no ha entrado en dicha cuestión dando por válida que la referencia ha de ser el eje primitivo (falta de motivación) debe tenerse en cuenta que ha de aplicarse el parámetro más favorable a la edificación ya construida y a sus posibles moradores que es el calculado por el arquitecto autor de la certificación del cumplimiento de las condiciones urbanísticas de la licencia de 7 de septiembre de 2006.

No podemos, por todo lo expuesto, afirmar con total convencimiento y rotundidad que nos encontramos ante un actuación contraria al planeamiento urbanístico; la ineficacia de la norma de las distancias al eje de la calle El Sol derivada de la vigencia del PGOU de 1964 y la absoluta ignorancia acerca de la referencia aplicable al cómputo de la distancia aplicable al caso analizado, conducen a la aplicación del mecanismo del artículo 6.1 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, pues cuando de lo que se trata, como sucede en las licencias urbanísticas, es de proyectar un control previo sobre actos de uso del suelo de los particulares, el principio de proporcionalidad es aplicable con carácter general en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. Pero, con carácter excepcional, en conexión con los principios de buena fe y equidad, el principio de proporcionalidad es también aplicable en



los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta claramente inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

**SÉPTIMO.-** Consecuentemente, el magistrado que suscribe este voto particular considera que debe desestimarse el presente recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Colindres contra la sentencia de 10 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santander y confirmar el derecho de la mercantil recurrente a la obtención de dicha licencia de primera ocupación, con expresa condena en costas de la administración apelante.

En Santander, a veintidós de abril de dos mil quince.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ