



Roj: **STSJ CAT 12901/2006 - ECLI:ES:TSJCAT:2006:12901**

Id Cendoj: **08019330032006100795**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **15/09/2006**

Nº de Recurso: **644/2002**

Nº de Resolución: **758/2006**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA PILAR MARTIN COSCOLLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Recurso Ordinario nº 644/2002.

Partes:

Actora: Cristina .

Demandadas: Ayuntamiento de Palau Saverdera (Girona).

Codemandada: Diana y ocho más.

S E N T E N C I A nº 758.

Ilmos. Sres.Magistrados:

D. JOSÉ JUANOLA SOLER

Dª. PILAR MARTÍN COSCOLLA

D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

En la ciudad de Barcelona, a 15 de septiembre de 2006.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION TERCERA), constituida para la resolución de este recurso ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente sentencia en el recurso nº 644/02 seguido a instancia de Cristina representada por el Procurador don Antonio M^a de Anzizu Furest, y asistida por la Letrada doña Rosario Marzo Carpio contra el Ayuntamiento de Palau Saverdera (Girona) representado por la Procuradora doña Elisabeth Hernández Vilagrasa y asistido por el Letrado don Jordi Salgas Rich. Se han personado como partes codemandadas, por un lado, la entidad **Sun Village** Developments, S.L. representada por el Procurador don Ivo Ranera Cahís y asistida por la Letrada doña Àngels Gil- Verhet i Huget y, por otro, nueve personas físicas, Doña Diana , Claudio , Jose Pedro , Felipe , Jesus Miguel , Lucio , Carmela y Bernardo , todos ellos representados por el Procurador don Alberto Ramentol Noria y asistidos por el Letrado don Jordi Batllorí Nouvilas.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª.PILAR MARTÍN COSCOLLA, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palau Saverdera de fecha 13 de septiembre de 2001 por el que se concedió a la Sociedad U.R.P.A. S.A. licencia de obras para la construcción de 38 viviendas y apartamentos en la C/ Holanda s/n, Urbanización "URPASA".



Dichas sociedad titular de la licencia fue emplazada en su día pero no compareció en el proceso, haciéndolo en su lugar la entidad **Sun Village** Developments, S.L., que había comprado a U.R.P.A.S.A. los terrenos de autos, según indica, en escritura pública de 28 de marzo de 2001.

A lo largo de las actuaciones se puso de manifiesto las sucesivas ventas por parte de **Sun Village** Developments, S.L. de las viviendas objeto de la licencia, en régimen de propiedad horizontal, a diversas personas, en su mayor parte de nacionalidad holandesa o británica, con mención en las escrituras de compraventa de la pendencia de un recurso contra la licencia. Efectuados diversos trámites para su emplazamiento dieron como resultado la personación de las nueve personas físicas indicadas en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Acordado por auto de fecha 6 de junio de 2003 pasando el recibimiento del pleito a prueba y tras el oportuno trámite de conclusiones que evacuaron ambas partes, se señaló a efectos de votación y fallo la audiencia del día 26 de julio de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Cristina impugna el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palau Saverdera de fecha 13 de septiembre de 2001 por el que se concedió a la sociedad U.R.P.A.S.A. licencia de obras para la construcción de 38 viviendas y aparcamientos en la Urbanización URPASA C/ Holanda s/n.

SEGUNDO.- En primer lugar procede rechazar las alegaciones de nulidad de actuaciones formuladas por las nueve personas físicas personadas como codemandadas, por no haberse retrotraído las actuaciones, en virtud de su personación, al trámite de contestación a la demanda, ya que en el escrito de conclusiones presentado han podido alegar con total conocimiento de causa lo que han considerado oportuno sobre la cuestión litigiosa y también podían haber pedido la práctica de prueba concreta, que hubiera sido admitida como diligencia final, pero no lo han hecho, por lo que ninguna indefensión se aprecia en su situación procesal, máxime cuando a fecha 6 de junio de 2003 (auto de apertura a prueba) no consta que fueran ya propietarios de alguna de las viviendas construidas en virtud de la licencia impugnada en autos, siendo su legitimación posterior y, en consecuencia, su emplazamiento, habiéndoseles tenido por partes en los trámites no precluidos conforme al art. 50.3 de la L.J.C.A . 29/98.

TERCERO.- En el escrito de demanda se alega:

1º) Se ha otorgado una licencia para la construcción de 38 viviendas y aparcamientos, cuando este uso no está permitido en el sector del Plan Parcial URPASA para el que se solicita, conforme a las Normas Subsidiarias de Palau Saverdera, revisadas por la Comisión de Urbanismo de Girona el 19 de mayo de 1999 (D.O.G.C 11 de noviembre de 1999), que sólo permiten el uso de equipamiento hotelero.

2º) Se ha concedido la licencia con la siguiente prescripción: "condicionada a que la edificación no sobrepasará la altura máxima permitida", lo cual viola la naturaleza reglada de la licencia ya que el cumplimiento de los parámetros urbanísticos, entre ellos la altura, debe darse "ex ante", en el propio proyecto y debe ser analizado por la Administración también antes de conceder la licencia, a la vista del proyecto presentado.

3º) El proyecto de obras autorizado por la licencia contraviene los parámetros de altura reguladora máxima del edificio y de número de plantas que se permite construir (7'50 m. y P.B.+P.P. respectivamente), midiendo lo construido entre 11 y 12'40 m. y contemplando el proyecto una segunda planta sotacubierta habitable.

CUARTO.- Entrando en el análisis del primer motivo de impugnación debemos partir de los siguientes datos:

1º) el sector que nos ocupa forma parte del Plan Parcial de Ordenación "Urbanizaciones Palau S.A." (URPASA) de 1983, en cuyas Ordenanzas (aportadas por la parte actora dentro del documento dos de los acompañados a su escrito de demanda) se delimitaron los siguientes tipos de suelo: a) solares destinados a la edificación residencial tipo ciudad jardín; b) zona de equipamiento comercial y social; c) zona destinada a parque deportivo y e) plazas de aparcamientos.

2º) los terrenos de autos, según aceptan todas las partes, se encuentran en la zona b) de equipamiento comercial y social, que según el apartado 5.3 de dichas Ordenanzas "constituye una zona destinada a la instalación de centros de reunión, locales comerciales, restaurantes, bares etc. con una altura máxima



de 7 metros correspondiente a planta baja y planta piso; esta zona está dividida en dos partes, una que aprovechando el actual edificio de Mas Isach, se destinará a restaurante y equipamiento social y la otra destinada a equipamiento comercial". Para esta zona b) se preveía una superficie de 17.876 metros cuadrados.

3º) en la Revisión de las Normas Subsidiarias de Palau Saverdera de fecha 19 de mayo de 1999, el Plan Parcial URPASA (P.P. 6) en lo que aquí nos afecta se modifica, en el art. 71 de las Normas Urbanísticas de aquella, en el sentido siguiente: "la zona calificada como equipamiento social y comercial en la que existe un restaurante, se podrá complementar con una vivienda de menos de 150m²" (según parece esto implica poder legalizar una vivienda ya existente). "En el resto de la zona se podrá construir un equipamiento hotelero con una edificabilidad máxima de 1m²/m² y una altura de 7'50 m. (P.B.+PP.) para uso hotelero, comercial y residencial".

4º) en el anexo 2 de la repetida Revisión figuran las definiciones, entre otras, de los usos según la actividad. Así, en lo que aquí nos interesa, uso de vivienda es el destinado a alojamiento o residencia familiar; uso hotelero es el que corresponde a aquellos edificios que se destinan a alojamientos comunitarios y por temporada, incluidos en el D. 176/1987, de 9 de abril sobre clasificación de establecimientos de alojamiento turístico sometidos al régimen de hotelería, que pueden ser: hoteles, hoteles- apartamentos y pensiones; uso comercial es el que se refiere a la venta de productos manufacturados al por mayor o al detalle; y se define como uso residencia colectiva aquél que se refiere al alojamiento en habitaciones, con todos los servicios complementarios necesarios para hacer estancias largas o permanentes y se especializan según el colectivo al que van dirigidos: estudiantes, ancianos, etc.

5º) en trámite de conclusiones se ha puesto de manifiesto que el Ayuntamiento de Palau Saverdera ha promovido y tramitado una Modificación de las Normas Subsidiarias en el Sector de equipamientos del P.P.6 (URPASA.), respecto de la cual la Comisión de Urbanismo de Girona decidió en sesión de 25 de septiembre de 2003 suspender su aprobación definitiva hasta la presentación por el Ayuntamiento de un Texto Refundido que incorpore la siguiente prescripción: "1.1. Habrá que clarificar, con la documentación justificativa pertinente, las superficies, deslinde y edificabilidades de cada zona, así como su régimen de usos aplicables, salvo por lo que hace referencia a la subzona hotelera de la subzona de equipamiento social y restaurante, donde resulta conveniente mantener el régimen de usos a la espera de sentencia sobre el contencioso-administrativo interpuesto".

Como resumen de lo anterior puede decirse que bajo el Plan Parcial de 1983 los terrenos eran zona de equipamiento social y comercial y con la Revisión de 1999 se permitió construir en ellos un equipamiento hotelero para uso hotelero, comercial y residencial. De todo ello se desprende sin género de dudas para este Tribunal, que el uso de vivienda entendida como alojamiento o residencia familiar no está permitido, pues se trata de un uso perfectamente diferenciado del de equipamiento hotelero; y si dentro de este se han establecido subzonas o subclases de usos (hotelero, comercial y residencial) debe entenderse que son usos relacionados, referentes y concernientes a la clase "hotelero" que los abarca, por más que se haya adoptado el término poco afortunado de "residencial", que las partes demandada y codemandadas consideran que se refiere a residencia familiar, en postura que este Tribunal no comparte habida cuenta de la historia del sector (siempre calificado de equipamiento) y del hecho de que el uso para residencia familiar en la Revisión de las Normas Subsidiarias, como hemos visto, recibe la denominación o designación de "uso de vivienda".

Por las mismas razones no resulta convincente la afirmación del arquitecto Sr. Simón , que intervino en la tramitación de la Revisión de las Normas Subsidiarias, de que cuando se habla de uso residencial se hace referencia a residencia familiar; sorprende además que sus referencias a un exceso en la previsión de zona hotelera no tuvieran plasmación alguna en la Memoria de la Revisión y, sobre todo, que la residencia familiar pueda ser contemplada como un uso a desarrollar dentro de un equipamiento social y comercial en el que, en todo caso, sólo parece encuadrable el de residencia o alojamiento colectivo o comunitario como residencias, asilos, hogares de ancianos o de juventud etc.

QUINTO.- Sentado lo anterior procede declarar la nulidad de la licencia de obras otorgada el 13 de septiembre de 2001, por ser contraria al planeamiento vigente, conforme al art. 247.12 de D.Leg. 1/90 de Urbanismo de Cataluña aplicable al presente caso por razones temporales, al haberse concedido para un uso no permitido en el suelo en cuestión.

También deberá prosperar el segundo motivo de impugnación expuesto en el fundamento tercero ya que, efectivamente, las licencias comportan un análisis o estudio previo del proyecto de obras que se somete a autorización, no siendo correcta su concesión condicionada "a que la edificación no sobrepasará la altura máxima permitida", porque esta prescripción pone de manifiesto que en el Proyecto se ha constatado una vulneración de tal parámetro urbanístico, lo que, en buen actuar jurídico, debió conllevar el rechazo del mismo y/o la denegación de la licencia pedida a su amparo. De hecho, al folio 8 del expediente figura el informe del arquitecto municipal de 20 de marzo de 2001 en el que, entre otras deficiencias, se indica que la edificación



proyectada sobrepasa la altura máxima permitida, y aconseja no resolver hasta que no se complemente el proyecto presentado; presentada nueva documentación (folio 13), el técnico municipal no emite un informe favorable, sino que efectúa el 10 de septiembre de 2001 (folio 44) una serie de puntualizaciones, la primera de las cuales dice que "la edificación no sobrepasará la altura máxima permitida de 7'50 metros desde la cota natural del terreno" prevención que no hubiera sido necesaria si el proyecto respetase dicho parámetro; para mayor inri dos días después, el 12 de septiembre de 2001 (folio 15) el Alcalde del Ayuntamiento suscribe un convenio con la entidad U.R.P.A.S.A en la que el Ayuntamiento "se compromete a conceder la preceptiva licencia de obras condicionada al previo cumplimiento de los requisitos especificados en el informe del técnico municipal de fecha 10 de septiembre de 2001" ; y, finalmente, todas las sospechas sobre la incorrección del proyecto se han visto corroboradas por el reconocimiento del propio arquitecto municipal Sr. Millán , en informe acompañado por el Ayuntamiento como documento nº 1 de su contestación a la demanda, en el que indica: "El proyecto incluye... el plano de secciones E y G que justifican el cumplimiento del parámetro de altura máxima permitida (excepto una pequeña parte de la Sección F que sobrepasa la altura máxima en 30 cm y la Sección E que sobrepasa en 1'20 metros). Por este motivo la licencia de obras se concedió condicionada a ajustarse a la altura máxima permitida".

Pues bien, la sorprendente actuación municipal no requiere ni merece mayores comentarios, pues un exceso de 1'20 metros de altura en una sección de la construcción no sólo afecta a este parámetro, sino lógicamente a otros como el de la altura de las plantas, o el de edificabilidad máxima; ello sin perjuicio de lo improcedente de relegar al momento de la construcción el cumplimiento y respeto de la altura, cuando para la ejecución no podrá servir de base un proyecto que parte de parámetros que la propia licencia considera no aplicables; en suma, la licencia condicionada permite, en última instancia, construir sin un proyecto previo completo.

SEXTO.- En cuanto al tercer motivo de impugnación relativo al incumplimiento de los parámetros de altura reguladora máxima y número de plantas permitidas, el primer extremo ya ha sido aceptado en el fundamento anterior. Sólo cabe añadir que, siendo determinante el informe del arquitecto municipal al que ya nos hemos referido, resulta indiferente que el perito procesal actuante en autos dictamine que la totalidad del edificio,"a la vista del proyecto y de las condiciones de la propia licencia" se halla por debajo de la altura permitida por el planeamiento, pues precisamente es el hecho de que la licencia sea condicionada lo que resulta disconforme a derecho, como hemos visto.

Al perito procesal se le pregunta también si la edificación construida se ajusta a lo proyectado y contesta que no en cuanto al aparcamiento y en cuanto a la distancia de calaje con el perfil natural del terreno, en la planta baja, pero se trata de una cuestión en la que no procede entrar pues el acto recurrido es la licencia municipal concedida y no la inactividad del Ayuntamiento frente a posibles excesos en la construcción; por la misma razón de referirse a lo construido y no a lo proyectado, no cabe analizar la pericial de topógrafo aportada por la parte actora; en cuanto al dictamen de arquitecto acompañado por **Sun Village** Developments, S.L., con su escrito de contestación a la demanda, que considera ajustado el proyecto a las Normas Subsidiarias, no puede prevalecer sobre el propio informe técnico municipal y la realidad del condicionado de la licencia.

En cuanto al número de plantas, en la zona está permitida planta baja más una planta piso; el proyecto aprobado en la licencia contempla además una planta bajocubierta habitable, o golfas, unida por escalera interior a la planta piso inmediatamente inferior; pues bien, conforme al art. 4 de las Normas Subsidiarias, esta planta golfas sólo está permitida por encima de la altura máxima (y aquí hemos visto que se ha superado) cuando así lo indiquen las ordenanzas de la zona, y en el Plan Parcial 6 no se prevé esta posibilidad, por lo que también este motivo es apreciable.

SÉPTIMO.- Conforme a los criterios del art. 139.1 de la L.J.C.A . 29/98 procede imponer las costas procesales generadas a la parte actora, tanto al Ayuntamiento de Palau Saverdera como a **Sun Village** Developments, S.L., por partes iguales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala ha decidido estimar la demanda interpuesta por doña Cristina y declarar la nulidad, por no ser conforme a derecho, de la licencia de obras de fecha 13 de septiembre de 2001 otorgada por el Pleno del Ayuntamiento de Palau Saverdera en el expediente nº 43/01 a la entidad U.R.P.A.S.A.

En consecuencia, se ordena a dicho Ayuntamiento que proceda al derribo de lo construido al amparo de la misma.

Se imponen por mitad al referido Ayuntamiento y a la entidad **Sun Village** Developments S.L. las costas procesales ocasionadas por el recurso a la parte actora.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Hágase saber que la presente sentencia es FIRME y no cabe recurso alguno contra ella, conforme al criterio seguido por el Tribunal Supremo en la fase transitoria de la L.O. 19/03 en relación con el art. 8 de la Ley 29/98 , cuando se trate de asunto que con la actual redacción de dicho precepto, su conocimiento hubiera correspondido en primera instancia a los Juzgados de lo Contencioso y en apelación a la Sala del Tribunal Superior (por todas, sentencias de 13 de julio de 2005, recurso 445/04 de la Sala Tercera, Sección 6ª, y auto de 11 de septiembre de 2006 dictado en el recurso de queja nº 607/06 de la Sección 1ª).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ