



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3
OVIEDO**

SENTENCIA: 00162/2023

SENTENCIA

En Oviedo, a 20 de diciembre de 2023.

Vistos por el **Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANGEL CARBAJO DOMINGO, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Oviedo**, los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 64/23**, instados por **D.**

representado por la procuradora D^a y asistido por el abogado D. , contra el **AYUNTAMIENTO DE SIERO**, representado por el procurador D. y asistido por la abogada D^a

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la procuradora Sra. en nombre y representación de D. , se presentó el 31 de marzo de 2023 escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo adoptado por la Concejalía-Delegada de Urbanismo del Ayuntamiento de Siero de fecha 23 de enero de 2023, en base a los hechos y fundamentos de derecho que en la demanda se expresan y, terminó suplicando, que previos los trámites legales se dictase sentencia en los términos interesados en el Suplico de la misma; dándose traslado a la Administración demandada que en tiempo y forma





legal formuló escrito de contestación a la demanda, con el resultado que obra en las actuaciones.

SEGUNDO.- Habiéndose contestado en tiempo y forma la demanda por la administración demandada y solicitado por las partes, se recibió el juicio a prueba por término de treinta días para practicar las propuestas en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

TERCERO.- Finalizado el periodo probatorio y practicada la prueba admitida y declarada pertinente previamente por SS^a, se llevó a cabo el trámite de conclusiones, con el resultado que obra unido en autos.

CUARTO.- Atendidas las reglas contenidas en los artículos 40 a 42 de la Ley Jurisdiccional de 1.998, reformada por la Ley 13/2009, por Decreto de 28 de julio de 2023, se fijó la cuantía del procedimiento como Indeterminada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Sobre la actuación administrativa recurrida y la posición procesal de las partes.*

Por el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la Resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo, Accesibilidad y Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento de Pola de Siero de 23 de enero de 2023 por la que se deniega a D.

la licencia de uso y ocupación para la vivienda unifamiliar sita



A) Posición de la parte actora:

Se interesa por la actora la estimación del recurso, declarando la nulidad de la resolución impugnada, alegando los siguientes motivos de impugnación:

a) Nulidad del acuerdo por incompetencia del técnico municipal para informar la licencia de uso y ocupación.

La licencia de obra fue informada favorablemente por el Arquitecto y el Aparejador el 1 de octubre de 2010, y sin embargo, la de uso y ocupación tan solo por el Aparejador.

El art. 10.2.a) de la LOE atribuye la competencia de para redactar un proyecto de construcción de una vivienda unifamiliar a los Arquitectos, y no a los aparejadores, y por la misma razón tampoco podrían informar respecto de la licencia de uso y primera ocupación.

b) Falta de motivación del cambio de criterio.

En el expediente se produjo un inexplicable cambio de criterio jurídico, ya que en el Informe de 10 de junio de 2021 se propuso conceder la licencia de uso y ocupación de la vivienda, y denegar la de la parcela debido a los incumplimientos del cierre, si bien, en la propuesta de resolución y en el acuerdo definitivo de 23 de enero de 2023 se deniega la licencia de uso y ocupación para la vivienda.

c) Sobre la cuestión de fondo.

Sostiene la actora que ambas construcciones (vivienda y cierre), constituyen edificaciones independientes y autónomas, lo que denota la inexistencia de una unidad predial.

Por tanto, al no separar la vivienda del cierre y denegar todo lo pedido, se ha incurrido en nulidad de pleno derecho al infringir el art.



47.1.c) de la Ley 39/2015, al tratarse de un acto de contenido imposible, pues no es posible conceder licencia de uso y ocupación de un muro de cierre, a lo que se une que ya la jurisprudencia del TS tiene establecido que las licencias de uso y ocupación no pueden ser aprovechadas para depurar posibles infracciones urbanísticas.

En cuanto a la normativa de pertinente aplicación, se alega que estamos ante un camino y no una carretera local o autonómica, donde sí serían de aplicación las distancias a que hace referencia el acto recurrido, aunque aun siendo así, por el principio *tempus regit actus* derivado del de seguridad jurídica, nos llevaría a la conclusión de que habría que aplicar 3 metros al eje o 0,5 metros al borde.

Finalmente se invoca la infracción del principio de proporcionalidad, pues aun aceptando la distancia a que hace referencia la Administración, estaríamos ante una diferencia de 60 cm., que resulta irrelevante.

Resultaría rigurosamente inútil hacer al demandante retranquear el cierre 60 cm., para lograr un ensanche que a nadie beneficia, por lo que resulta de aplicación el principio de proporcionalidad recogido por el TS en diferentes Sentencias.

B) Posición del Ayuntamiento de Pola de Siero:

Se interesa la desestimación del recurso al entender que la resolución impugnada es conforme a Derecho, en base a las alegaciones recogidas en el escrito de contestación a la demanda, al que nos remitimos en aras a la brevedad.

SEGUNDO.- Sobre los hechos que resultan del expediente administrativo.

Entrando ya en el examen de la cuestión de fondo, y para una más adecuada fijación de los términos del debate, se estima conveniente el





establecer una somera relación de los hechos que han resultado probados, bien por la prueba practicada al efecto, bien por constatarse ya en el mismo expediente administrativo, a saber:

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pola de Siero de 18 de noviembre de 2010 se concede a D. _____ licencia de obras para construcción de vivienda unifamiliar en _____, de acuerdo al Proyecto Básico y de Ejecución presentado.
2. Previamente, el 1 de octubre de 2021 se emite Informe favorable a la licencia con las condiciones recogidas en el mismo.
3. Con fecha 9 de febrero de 2018 se presenta modificado de proyecto básico y de ejecución.
4. El 19 de junio de 2019 se emite Informe técnico municipal respecto al cierre, en el que se hace constar las condiciones que debe cumplir.
5. El 2 de diciembre de 2020 se solicita licencia de uso y ocupación.
6. El 7 de junio de 2021 se emite informe técnico desfavorable a la concesión de la licencia de uso y primera ocupación, al no acomodarse el cierre de la parcela a las prescripciones del informe técnico previo a la concesión de licencia.
7. El 21 de julio se emite informe jurídico.
8. Por Resolución de 23 de enero de 2023 se deniega la licencia de uso y ocupación de la vivienda, concediéndose un plazo de dos meses para presentar el proyecto de restitución de la legalidad.





TERCERO.- Sobre la competencia del Arquitecto Técnico Municipal para informar la solicitud de licencia de uso y primera ocupación.

Se alega en este primer motivo de impugnación que, de acuerdo con lo establecido en el art. 229.5 del TROTUA, en todo procedimiento de concesión de licencias es preceptiva la emisión, por personal titular competente, de los informes técnicos y jurídicos, y a juicio de la actora, y de acuerdo con lo establecido en la LOE, dicha competencia se reside en los Arquitectos.

Dispone el art. 229. 5 del TROTUA que:

En todo procedimiento de concesión de licencia es preceptiva la emisión por personal titulado competente de informes técnicos y jurídicos por los servicios correspondientes de la entidad otorgante o, en su caso, de las Oficinas Urbanísticas Territoriales en los términos de lo dispuesto en el artículo 9, apartado 4, de este Texto Refundido.

Es decir, la necesidad de que se disponga del preceptivo informe técnico, a los efectos de la concesión de la correspondiente licencia, es indudable, si bien, lo que cuestiona la actora es la cualificación del Arquitecto Técnico para informar, en este caso, la solicitud de licencia de primera ocupación interesada por el Sr.

Pues bien, las licencias de ocupación, o como dice el art. 228.2 del TROTUA, las de primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, tratan de verificar si el inmueble puede destinarse al uso previsto, y reúne las condiciones técnicas, de seguridad y salubridad necesarias. En similares términos se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al afirmar que tratan de "cerciorarse de que lo construido reúne las condiciones técnicas de seguridad, salubridad y ornato públicos" (SSTS de 22 de diciembre de 1976, de 7 de febrero de





1984, de 27 de marzo de 1991, de 14 de diciembre de 1998 y de 21 de julio de 2001).

Como vemos, el art. 229.5 del TROTUA no se refiere a la concreta titulación del técnico que debe informar la licencia, limitándose a señalar que habrá de ser personal titulado competente.

Pues bien, el técnico que informe la licencia en estos casos ha de tener los conocimientos y preparación necesaria para acreditar que la vivienda en cuestión cumple con la normativa urbanística y con las exigencias de seguridad y salubridad propias del uso residencial al que se destina. La íntima relación con la seguridad y salud de las personas hace necesario que tal Informe quede restringido a los profesionales cuya aptitud e idoneidad profesional han quedado acreditadas en virtud de la titulación obtenida y las competencias adquiridas.

La ley de Ordenación de la Edificación diferencia y distribuye las competencias profesionales en relación con los usos de los inmuebles (art. 2 en relación con los artículos 10, 12 y 13), de modo que reserva la elaboración de proyectos, la dirección de la obra y la dirección de la ejecución de la obra de los usos del grupo a), en donde se incluye el uso residencial, a los arquitectos y arquitectos técnicos.

No existe, por tanto, obstáculo legal alguno que impida al Arquitecto Técnico Municipal informar la solicitud de licencia de primera ocupación de un inmueble destinado a vivienda, ya que ni tan siquiera implica el examen de un proyecto ni la dirección o ejecución de obras de nueva construcción o alteración sustancial de lo ya construido, pues se limita a costatar si dicho inmueble se ajusta a las condiciones que permitieron la obtención de la licencia de obras -acreditando que cumple las exigencias del proyecto edificatorio, con la normativa urbanística y se ajusta a las condiciones exigibles para el uso al que se destina, y por ende respeta las





exigencias de seguridad y habitabilidad-, por lo que su emisión debe encomendarse a aquellos profesionales que están cualificados, por su formación y por las competencias adquiridas para evaluar tales extremos, considerándose que en el caso de inmuebles de uso residencial estos son tanto los arquitectos como los arquitectos técnicos.

La misión básica del Técnico que emite el Informe es comprobar el grado de cumplimiento de la normativa en vigor y su acomodación al proyecto de edificación, existiendo una evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación e informar que lo edificado se corresponde con lo proyectado.

Por lo expuesto, procede desestimar el motivo de impugnación invocado.

CUARTO.- Sobre la falta de motivación del cambio de criterio.

Destaca el recurrente en este segundo de motivo de impugnación la falta de motivación del cambio de criterio adoptado por la demandada, ya que en el Informe Jurídico de 10 de junio de 2021 se propuso conceder licencia de uso y ocupación de la vivienda, denegado la de la parcela, por los incumplimientos del cierre, si bien, en la propuesta de resolución y en el acuerdo definitivo de 23 de enero de 2023 se deniega la licencia de uso y ocupación para la vivienda.

Entiende la actora que este cambio de criterio exige una motivación adecuada, conforme a lo dispuesto en el art. 35.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Recordemos que en el expediente consta un primer Informe Técnico de 7 de junio de 2021, desfavorable a la concesión de la licencia "por cuanto que no cumple el cierre de parcela, al incumplir el retranqueo a eje de camino".



En el posterior Informe Jurídico de 10 de junio de 2021 se propone conceder la licencia de uso y primera ocupación solicitada para la vivienda, informando desfavorablemente la licencia de uso y ocupación para la parcela.

La propuesta de resolución de 21 de julio de 2022, como hace igualmente la Resolución recurrida, propone denegar la licencia de uso y ocupación para la vivienda solicitada.

Ciertamente, como señala el recurrente, el art. 35.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al regular la motivación de los actos administrativos, dispone que:

1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

...

c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

Pues bien, no nos encontramos en este caso con una actuación administrativa que se separe de otra precedente, sino simplemente de un decisión que se adopta tras la emisión de los correspondientes Informes, técnicos y jurídicos (art. 80 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), recordando el art. 80.1 de la Ley 39/2015, que "salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes", siendo así que en este caso ninguna disposición le otorga a los informes técnicos carácter vinculante, como parece entenderlo el recurrente.

La propuesta de resolución, al igual que hace posteriormente la Resolución que deniega la licencia, motiva la decisión adoptada en el hecho de que el cierre ejecutado no se ajusta a la autorizado, sin que el hecho de que existiese un informe jurídico que propusiese conceder la licencia exclusivamente para la edificación, criterio que no fue finalmente



seguido por el acto recurrido, suponga ni una falta de motivación ni una vulneración de lo establecido en el art. 35.1.c) de la Ley 39/2015, pues en lo que se refiere a ésta última cuestión, la actora no ha acreditado que el criterio de la Administración en supuestos idénticos haya sido otro.

QUINTO.- Sobre la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado.

Sostiene la actora en este motivo de impugnación que no existe una unidad predial, que justifique denegar la licencia de primera ocupación, pues no es discutible que ambas construcciones, vivienda y cierre, constituyen edificaciones independientes y autónomas, y es que el propio art. 228.2 del TROTU se refiere a la licencia de primera utilización de los “edificios”.

La licencia de ocupación tiene por objeto comprobar que el uso previsto para un edificio, o parte del mismo, es conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación. Si se trata de edificios para los que haya sido otorgada licencia de obras de nueva construcción, ampliación, modificación, reforma o rehabilitación, tendrá por objeto, además, comprobar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada (STS de 25 de julio de 1989 y art. 21.2 del RSCL).

Por tanto, la finalidad de la licencia de primera ocupación, como establece de modo genérico el art. 21.2 del RSCL, es confrontar la obra realizada con el proyecto que sirvió de soporte a la licencia otorgada en su día, y en su caso, si efectivamente se han cumplido las condiciones lícitas establecidas en la licencia de obra, de ahí que la autoridad municipal, a fin de conceder la licencia de primera ocupación haya de comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en la construcción, así como fiscalizar si el edificio puede habilitarse para el uso pretendido por estar en





zona apropiada y reunir las condiciones idóneas de seguridad y salubridad (STS de 9 de marzo de 1988).

La jurisprudencia ha destacado la relación que existe entre la licencia de primera ocupación y la licencia de obras, de tal modo que ni puede la Administración aprovechar aquélla par la revisión de ésta, imponiendo condiciones o limitaciones no exigidas al concederse la licencia de obras, ni el ciudadano apartarse en la ejecución de la construcción de los términos en que la licencia de obras fue concedida, para defender que, independientemente de esa desviación, la construcción realizada también se adecuaba al planeamiento (SSTS de 10 de marzo de 1999 y 14 de diciembre de 1998).

Pues bien, y de acuerdo con lo establecido en el art. 21.2.d) del RSCL, el control de legalidad que justifica la existencia de esta licencia de primera utilización u ocupación, que permite acceder al uso de la edificación cuando del conjunto de la obra ejecutada se desprenda su conformidad con los planes y normas aplicables, no abarca todos los aspectos y condiciones de la edificación, en relación con la licencia y las normas y planes de los que ésta emana, sino sólo los referidos al cumplimiento y adecuación de los usos permitidos, que la construcción ha de estar en condiciones de permitir, así como el respeto a las normas de seguridad y salubridad impuestas como condiciones lícitas de la licencia y la observancia del deber de urbanizar simultáneamente.

Ciertamente, hay que reconocer que existen Sentencias del Tribunal Supremo que analizan, en trance de valorar la conformidad a Derecho de una licencia de primera utilización, la adecuación de la obra a la licencia, sin distinción de partes ni aspectos y sin hacerse cuestión de lo expuesto, otras, su gran mayoría, se pronuncian directa y expresamente sobre el particular, restringiendo el ámbito de control que esta licencia supone a los términos de ejercicio que se desprenden





del art. 21.2.d) del Reglamento de Servicios. A este respecto, podemos citar la ya lejana Sentencia de 22 de enero de 1986, seguida por la de 30 de enero de 1989, que señala:

"Que el art. 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuando sujeta a la obtención de previa licencia, la primera utilización de los edificios específica en el nº 2, primero, que en todo caso se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana, y estando, como expresa el apartado d), se apreciará si el edificio puede destinarse a determinado uso, por estar situado en zona apropiada y reunir condiciones técnicas de seguridad y salubridad y, en su caso, si el constructor ha cumplido el compromiso de realizar simultáneamente la urbanización; con ello se viene a delimitar fundamentalmente el contenido y objetivo de tales licencias de primera utilización, entre los cuales y como principal se encuentra el de examinar la adecuación a los planes de ordenación urbana del acto proyectado, ahora bien, el acto proyectado no es la obra o edificación, sino su utilización, por ello el apartado d) del nº 2 del citado art. 21 indica como circunstancias a observar si el uso que se pretende es posible en atención a la localización y condiciones técnicas del edificio y si la urbanización, como elemento determinante de un adecuado uso de la construcción, se ha realizado, es decir, que la licencia de primera utilización no tiene como finalidad fiscalizar si la obra o construcción de ajusta o no a la normativa urbanística, sino si el uso que se pretende hacer de la obra o edificación es conforme a los planes de ordenación urbana y si dicha edificación reúne las condiciones apropiadas para tal uso".

A tales manifestaciones añade, como consecuencia, que:

"El examen de las licencias urbanísticas ilegales, de los actos de edificación del suelo realizados sin licencia y aquéllos que no se adecuan a





las previsiones de la licencia otorgada ha de efectuarse de la forma prevista en los arts. 184, 185, 186 y 187, principalmente, de la Ley del Suelo (la de 1976) y disposiciones reglamentarias concordantes, sin que pueda utilizarse al efecto una potestad administrativa concedida para otros fines...".

Pues bien, la Administración ha examinado, en orden a la determinación de la procedencia o no de conceder la licencia interesada, la referente al retranqueo del cierre construido, si bien, ello no puede ser objeto de control en la concesión de la licencia de primera ocupación, conforme a la doctrina que acabamos de exponer.

Procede estimar el recurso, al no ser conforme con el ordenamiento jurídico el acto recurrido, que debió limitarse a conceder la licencia de uso y primera ocupación de la vivienda, sin perjuicio de las acciones que, en su caso, y para el restablecimiento de la legalidad urbanística, procedan en relación con el cierre, tal y como acertadamente proponía el Informe Jurídico de 10 de junio de 2021 que obra en el expediente.

Ahora bien, si la solicitud de licencia de primera ocupación no se puede denegar en base a una circunstancia como el cierre ejecutado, tampoco puede el recurrente pretender que ocasión de la revisión de tal acto, cuyo alcance es bien limitado como se ha dejado expuesto en los párrafos precedentes, determinar la conformidad a derecho del cierre o legalizar el mismo en aplicación de un hipotético principio de proporcionalidad, lo que únicamente podrá llevarse a cabo, como ya se ha dicho, en el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística que, en su caso, se tramite en relación con tal obra.

CUARTO.- *Sobre las costas.*





En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la L.R.J., no procede realizar especial pronunciamiento en cuanto su imposición, dada la estimación parcial del recurso.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional emanada del Pueblo Español, y por la Autoridad que me confiere la Constitución de la Nación Española,

FALLO

Que estimando como estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo Nº 64/23 interpuesto por la procuradora Sra. en nombre y representación de D.

, contra la la Resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo, Accesibilidad y Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento de Pola de Siero de 23 de enero de 2023 (expdte.: 24114301U, debo declarar y declaro:

PRIMERO.- La nulidad del acto recurrido por no ser conforme con el Ordenamiento Jurídico.

SEGUNDO.- Reconocer, como situación jurídica individualizada, el derecho del recurrente a que el Ayuntamiento de Pola de Siero le conceda licencia de primera ocupación de la vivienda unifamiliar sita en

TERCERO. No se realiza especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

CUARTO.- Se fija como indeterminada la cuantía de este recurso.





Contra esta Resolución cabe recurso de Apelación que se podrá interponer ante este Juzgado dentro del término de 15 días desde la notificación de la presente.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

E/

