

# TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

## Sala de lo Contencioso-Administrativo

### Sección Segunda

SENTENCIA: 00853/2022

N.I.G: 33044 45 3 2021 0000869

<b>RECURSO</b>	<b>AP nº 14/2022</b>
<b>APELANTE</b>	<b>Ayuntamiento de Siero</b>
<b>PROCURADOR</b>	<b>Don</b>
<b>LETRADA</b>	<b>Doña</b>
<b>APELADO</b>	<b>Don</b>
<b>PROCURADORA</b>	<b>Doña</b>
<b>LETRADO</b>	<b>Don</b>

### SENTENCIA

Ilmos. Señores Magistrados:

Doña María José Margareto García, presidente

Don Jorge Germán Rubiera Álvarez

Don Luis Alberto Gómez García

Don José Ramón Chaves García

En Oviedo, a veintisiete de octubre de dos mil veintidós.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 14/2022 interpuesto por el Ayuntamiento de Siero, representado por el procurador don \_\_\_\_\_, bajo la dirección letrada de doña \_\_\_\_\_ contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



Administrativo nº 2 de Oviedo, de fecha 7 de diciembre de 2021, siendo parte Apelada don \_\_\_\_\_, representado por la Procuradora doña \_\_\_\_\_, actuando bajo la dirección letrada de don \_\_\_\_\_

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Jorge Germán Rubiera Álvarez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 132/2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Oviedo.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2021. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

**TERCERO.-** Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 13 de octubre pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de recurso de apelación por el Ayuntamiento de Siero la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Oviedo de 7 de diciembre de 2021, en la que se acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don \_\_\_\_\_ contra la resolución de la Concejalía Delegada del Área de Urbanismo, Accesibilidad, y Patrimonio Histórico y Cultural del Ayuntamiento de Siero de 27 de abril de 2021 por la que se desestimaban



sus alegaciones presentadas a lo largo de la tramitación, y concedía a la licencia de uso y primera ocupación de las obras de rehabilitación de edificio para viviendas y local comercial en las calles , anulando la misma, y dejándola sin efecto por no ser conforme a derecho.

Se alega por el apelante la existencia de error en la valoración de la prueba.

Se señala que los informes técnicos obrantes en el expediente son claros en el sentido (informe de los arquitectos técnicos municipales de 14-12-2015) de que las obras han sido realizadas de conformidad con el proyecto técnico aprobado y condiciones de la licencia resuelta mediante expediente 241J108N para rehabilitación de edificio para viviendas y bajo comercial de 402,80 m<sup>2</sup>; así como las prescripciones de las Ordenanzas Municipales, y que (informe de la Ingeniera Municipal de 16-1-2016) la urbanización del entorno del edificio objeto de licencia de Uso se encuentra correctamente urbanizada dado que las obras han sido ejecutadas por el Ayuntamiento dentro del reciente proyecto de urbanización de las calles casco antiguo.

Por el contrario, se dice en el recurso de apelación, el informe del arquitecto Don afirma que: No se respetan las condiciones de la licencia de obras en cuanto a volumetría y superficie construida, el edificio no cumple la normativa contra incendios ni la de ruidos y falta el visto bueno de Patrimonio, y no se realizó una rampa de accesibilidad.

Se afirma que respecto a la falta de cumplimiento de la normativa contra incendios y ruido y la falta de visto bueno de Patrimonio, la sentencia recurrida, con apoyo en el informe de la Ingeniera Municipal de 16-1-2016 y la regulación de la licencia de uso, los desestima, y lo mismo ocurre con el reproche dirigido hacia la falta

de construcción de una rampa de accesibilidad resuelto por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Oviedo.

En cuanto al supuesto incremento de volumetría y superficie construida el perito de parte manifestó a presencia judicial que su informe se hizo en base a documentos proporcionados por el recurrente, habiendo reconocido que no llegó a hacer mediciones, que no inspeccionó la obra para poder verificar en condiciones adecuadas su pretendida incorrecta ejecución, lo que era fundamental. Sin embargo, la sentencia recurrida concluye que no se puede considerar acreditado que se den los presupuestos de ajustarse la obra ejecutada a la licencia de obras y cumplidos los requisitos de habitabilidad y seguridad del edificio, dado que no se contó con testificales y/o periciales de los técnicos municipales redactores de los informes técnicos que explicasen la relevancia de los aumentos de altura y volumetría, lo que constituye un error en la valoración de la prueba practicada, que conduce a un defecto de motivación en la sentencia, con infracción de los arts. 218 de la LEC y 120.2 de la C.E.

Se aduce que resulta exigible que el Juez explique motivadamente las razones por las que, a su juicio, el perito le merece o no credibilidad, pero la sentencia recurrida carece de esa motivación. A pesar de que el perito de parte no recuerda o no midió el pretendido incremento de superficie construida, le da credibilidad sin justificarlo reprochando a la prueba practicada por la Administración que no se contó con la testifical del arquitecto municipal para aclarar que el ligero incremento de altura de cornisa, no es un incumplimiento de la licencia de obras, cuando esa explicación ya se recoge en los informes municipales.

En cuanto al cumplimiento de las condiciones establecidas en la licencia de obra se señala que los informes técnicos obrantes en el expediente son claros; el supuesto incumplimiento de volumetría se basó en dos consideraciones. La altura de forjado entre plantas del edificio y las alturas útiles interiores del edificio, indicando

que los informes municipales de fechas 14-12-2015 y 27-4-2021 dan respuesta a lo anterior y justifican el cumplimiento de los condicionantes de la licencia de obras.

Se indica que el proyecto, la licencia de obras, y la obra ejecutada se corresponde con un forjado de hormigón armado y pavimento con un canto (altura) de 40 cms. mientras que el edificio original contaba con un entramado de madera con una altura de 25-30 cms. En proyecto, licencia de obras y obra ejecutada, se acomoda la altura útil de cada planta a 2,50 m por ser ésta la altura útil mínima conforme a norma de habitabilidad, mientras que el edificio original disponía de alturas útiles variables interiores de las distintas plantas que incumplían las alturas mínimas definidas en normas de habitabilidad. Esto es, conforme a los planos de secciones del proyecto, se observa que en el estado original del edificio las alturas libres existentes en la planta primera y bajo cubierta no cumplían con el mínimo establecido para condiciones de habitabilidad, es por esto que ya en el plano de sección del proyecto reformado aprobado se reajustaban las alturas interiores para dotar a todas las plantas de al menos el mínimo establecido para cumplir con las condiciones de habitabilidad, que exigen 2,50 m. de altura libre mínima para plantas de viviendas.

Se añade que por otro lado, en el edificio original los forjados eran de madera con un canto de 25-30 cm. En los planos de estructura del proyecto aprobado se observa que los forjados nuevos a ejecutar se realizarían de hormigón armado con un canto de forjado de 40 cm, resultado del cálculo realizado para las cargas previstas conforme a la normativa de aplicación. Este nuevo canto exigido por normativa incrementa en 15-20 cm al canto del forjado del edificio original. Estas condiciones estaban incluidas en el proyecto aprobado: plano 12 Sección Longitudinal del proyecto aprobado y en los planos de estructuras del mencionado proyecto. Con lo anterior, el aumento en el canto del forjado del edificio reformado resultado del cálculo estructural, queda inevitablemente absorbido en la moldura que recubre el forjado en la galería exterior que da a la calle en la fachada de madera nueva que se hace de recubrimiento exterior para repetir la imagen de la

fachada del edificio original. Lo mismo ocurre en el ligero incremento en la altura del alero, y el encuentro de la cubierta con el edificio colindante nº 7, que sólo se aprecia si se observan con detenimiento las fotos del antes y el después. Ese aumento de aproximadamente 10-15 cm, es el resultado de absorber las alturas de los cantos de los forjados nuevos y llevar a cabo el cumplimiento de la normativa de habitabilidad en la altura interior de los locales habitables. Por tanto, estos ajustes son tolerancias mínimas que suceden en todo proceso constructivo, fruto de la propia ejecución de la obra, y que no tienen ninguna relevancia en el aspecto exterior del edificio.

Se afirma que estas mínimas tolerancias son admitidas puesto que de no ser así, prácticamente todas las obras realizadas de rehabilitación en cascos antiguos serían imposibles de ejecutar para adaptarlos a la normativa vigente de todas las facetas constructivas. Y se añade que, por otra parte, las plantas interiores del edificio, están ajustadas totalmente al proyecto presentado, como cabe deducir al comprobar que están construidas entre las dos medianeras existentes y las fachadas a calle que se mantienen en su sitio.

Se señala que las fachadas y forjados cumplen las condiciones establecidas en la licencia de obras y se acomodan a proyecto. La ligera pendiente descendente de ambas calles desde la medianería con genera que en extremo opuesto con medianera con el edificio de na variación de altura que se recoge en reportaje fotográfico y que muestra una variación de aproximadamente 15 cms y que prueba de que la rehabilitación ha sido acomodada a norma y que la altura de resultado es correcta, es que el edificio en la calle (propiedad del demandante en la instancia) como resultado de las obras de reforma y ampliación ha generado un inmueble con mayor altura, no solo desde rasante de vial a alero, incluso superior al edificio número 9 demandado, sino además desde vial a techo de planta baja.

**SEGUNDO.-** Por la parte apelada se solicitó la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

Se refiere el apelado en su escrito de oposición al recurso de apelación a las evidentes irregularidades de un procedimiento que finalmente culmina en la concesión de licencia de uso y ocupación el día 28 de abril de 2021 pese haberse solicitado el día 17 de septiembre de 2014 y pese haber concluido la ejecución material de las obras el día 2 de marzo de 2001.

Se indica que pese a que el plazo máximo para la resolución y notificación de las licencias de uso y ocupación es de tres meses, lo cierto es que el Ayuntamiento no resolvió y pese al tiempo transcurrido, las denuncias (27.10.2016, 28.10.2016, 02.11.2016 y 07.06.2019) y que la solicitud de los propietarios del edificio (17.09.2014), consintió el uso de construcción sin la pertinente licencia de uso y ocupación; limitándose a contestar (13.06.2018) que aún no había concedido licencia de uso y ocupación y a afirmar, verbalmente, que se encontraba a la espera de informe a elaborar por el Técnico Municipal D. sobre si las obras se ajustan a la licencia 241J108N y pueden ser legalizables (curiosamente, en la resolución ahora impugnada, se fundamenta en otro informe técnico suscrito por técnicos contratados en prácticas, que obra en poder del Ayuntamiento desde 2015 y que los propios autores mantienen que no es válido).

Sostiene la parte apelada, en relación al error en la valoración de la prueba, que la resolución impugnada se fundamenta no solo en la pericial practicada a instancia de la parte apelada sino en el resto de documentos técnicos obrantes en el expediente administrativo y prueba documental practicada a instancia de la apelada. Por el contrario, a instancia de la parte demandante, ahora apelada, se ha practicado contundente prueba que evidencia las irregularidades denunciadas y sirven de fundamento a la sentencia impugnada, habiéndose practicado a tal efecto tanto prueba pericial como documental. La sentencia impugnada no incurre en error alguno en la

valoración de la prueba, muy al contrario parte de un hecho indubitado e incluso expresamente admitido por la administración demandada, cual es que la altura, morfología y volumetría ha sido alterada para concluir que la resolución impugnada no es ajustada a derecho.

Se señala que el perito, arquitecto Don [redacted] no manifestó que su informe fue elaborado en base a documentos proporcionados por la recurrente sino elaborados por perito designado judicialmente por Don [redacted]

[redacted], obrantes en el expediente administrativo o en procedimientos judiciales y ello al margen de la mediciones que sí pudo realizar por sí mismo. No pudo entrar en las viviendas propiedad de Don [redacted] . pero sí consultar los planos elaborados por perito de esta última, por lo que las mediciones fueron realizadas por perito de la propia solicitante de la licencia anulada y que, hasta la fecha, el Ayuntamiento siempre ha considerado ajustadas a derecho.

Se añade que la documental a la que ha tenido acceso el perito de parte está constituida, en su totalidad, por documentos oficiales que incluyen planos con su correspondiente visado sobre los que se puede medir y el perito midió tal y como lo manifiesta en el punto nº 2 de su informe pericial donde constata los hechos con las mediciones realizadas sobre los planos de los dos edificios reproduciendo las plantas referidas con las mediciones resultantes. El perito inspeccionó las obras y lo manifiesta diciendo que se realiza también una visita a los inmuebles.

Se afirma que es un hecho que la altura, morfología y volumetría del edificio ha sido alterada (incluso lo admite el Ayuntamiento de Siero, si bien trata de justificar que no es sustancial y que podría admitirse, manteniendo un criterio contrario a su propio inicial criterio establecido en sus informes técnico y jurídico) y lo que aún es más significativo, también ha tenido lugar un aumento de la superficie.

Se indica que el incremento de altura y volumetría a que se refiere el informe pericial del Sr. (punto nº 1 del informe) consta igualmente en informe municipal 241Y303I de fecha 14.12.2015. Se añade que no solo se ha visto alterada la volumetría y superficie sino que, tal y como ha mantenido el perito que ha intervenido en juicio D. , deben tenerse en cuenta otros incumplimientos tales como: Ha tenido lugar la ejecución de obras prohibidas y contrarias a la licencia, alterando la volumetría y morfología exterior y también incumpliendo las condiciones de seguridad de la edificación indicadas en el Código Técnico de la Edificación en sus Documentos Básicos de Seguridad en caso de Incendio (DB-SI) y de Protección frente al ruido (DBHR) y la normativa urbanística vigente.

Se alega el incumplimiento del proyecto así como de las condiciones y prescripciones de la licencia de obra. Se señala que no resulta admisible amparar una obra ejecutada sin respetar las prescripciones del proyecto y licencia de obra afirmando que las diferencias que se corresponden con estos ajustes son tolerancias mínimas que suceden en todo proceso constructivo en cuanto no es cierto que se trate de un ligero incremento en la altura. El incremento de la altura a la vista de las fotografías representadas en el punto nº 1 del informe pericial que reproduce también la fotografía del informe del Ayuntamiento 241Y303I donde a simple vista se aprecian las diferentes alturas de los forjados y cornisas. Se aprecia claramente que no se trata de 10 ó 15 cm. sino de mucho más, no respetando la licencia de obras que obligaba a la idéntica reconstrucción.

Se afirma que la altura, morfología y volumetría ha sido alterada y que también ha tenido lugar un aumento de la superficie. Se señala, respecto del aumento de la superficie que no deja de ser ilustrativo que, tratándose del único punto respecto del que el Ayuntamiento de Siero ha preguntado al perito que intervino en juicio, toda la estrategia de defensa de la Administración haya consistido en cuestionar dicho aumento de superficie sobre la base de preguntar al arquitecto interviniente en juicio si había visitado el edificio rehabilitado, no percatándose que precisamente el perito-

arquitecto que intervenía en juicio sí tenía a su disposición los planos elaborados por la arquitecta (Sra. ) que sí había visitado y medido el edificio en cuestión a solicitud de pericial de los propietarios del edificio rehabilitado, todo ello según reflejaba en su informe pericial. Los informes municipales de 14.12.2015 y 27.04.2021 constatan que no se cumple la preceptiva exigencia de idéntica reproducción.

Se insiste en que, en síntesis, la obra ejecutada sí supone un incremento de superficie construida y un incremento de “volumetría” del edificio. El edificio rehabilitado no se ajusta a la licencia de obras otorgada ni cumple con las determinaciones en materia de seguridad estructural y habitabilidad que en trámite de licencia de obras fueron exigidas, tal y como se deduce del informe técnico obrante en autos en el que constan los citados incumplimientos:

- Incremento de superficie construida (Punto nº 2 de informe pericial).
- Incremento de altura y volumetría (Punto nº1 del informe pericial y en el informe municipal 241Y303I de fecha 14-12- 2015).
- Incumplimiento de seguridad estructural constatado en lo puntos nº 4 y nº 9.

Se señalan otros incumplimientos como: ha tenido lugar la ejecución de obras prohibidas y contrarias a la licencia, alterando la volumetría y morfología exterior y también incumpliendo las condiciones de seguridad de la edificación indicadas en el Código Técnico de la Edificación en sus Documentos Básicos de Seguridad en caso de Incendio (DB-SI) y de Protección frente al ruido (DB-HR) y la normativa urbanística vigente.

Se indican el resto de incumplimientos explicados por el perito:

- Incumplimientos respecto de la medianera del edificio nº 9 que no respetan la licencia de obras.
- Incumplimientos respecto de la fachada y forjados que igualmente no respetan la licencia de obras.
- Incumplimientos del Código de Urbanismo del Principado de Asturias.

- Incumplimientos del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Antiguo de Pola de Siero.

- Invasión del edificio colindante no contemplada en el proyecto.
- Incumplimientos en materia de seguridad estructural.

Asimismo se invocan otros incumplimientos que determinan la anulación de la licencia objeto de procedimiento. Se refiere el apelado al incumplimiento u omisión de trámites preceptivos en el procedimiento de concesión de licencia de uso y ocupación: Resulta preceptivo el previo informe de Patrimonio, cuya omisión determina la nulidad de la licencia.

En cuanto a que no es preceptiva la cédula de habitabilidad se invoca la disposición transitoria primera del Decreto 73/2018.

También se hace referencia a la inspección y emisión de informes en los que pueda fundamentarse la resolución de concesión de uso y ocupación por técnicos manifiestamente incompetentes, indicando que no cabe la realización de la labor inspectora por los técnicos Sres. .

En cuanto a la sentencia aportada por la Administración, de 9 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Oviedo, respecto a la falta de construcción de una rampa de accesibilidad, se indica que dicha resolución se refiere al soportal del edificio propiedad del apelado.

**TERCERO.-** La sentencia impugnada anula la resolución recurrida que concede licencia de uso y primera ocupación a . de las obras de rehabilitación de edificio para viviendas y local comercial en las

De los diversos incumplimientos denunciados por el recurrente en primera instancia, la mencionada sentencia acoge los referidos a los aumentos de altura y volumetría y a las condiciones de habitabilidad y seguridad, en relación a las cuales se dice que nada se acredita sobre este extremo.

La Magistrada de instancia rechaza otros incumplimientos esgrimidos por el demandante, en base a razonamientos que se asumen en esta resolución.

Así, en cuanto a que la emisión de informes en los que se fundamenta la resolución impugnada por técnicos incompetentes (en referencia al informe de 14-12-2015, suscrito por los arquitectos técnicos Don

), se razona en la sentencia apelada que los mismos cuentan con la titulación pertinente para dicha redacción y firma, por lo que no se infringe el art. 229.5 del TROTU, sin que el contrato laboral que les unía con el Ayuntamiento determine como requisito de validez de dicho informe su validación por superior, al contar con una competencia profesional suficiente para su emisión. En este sentido la sentencia del TSJ de Murcia (Social) de 30 de septiembre de 2015, recurso 186/2015, señala que “el contrato en prácticas no impone a cargo de la empresa ningún tipo de obligación formativa específica del trabajador ni supervisora de la actuación de éste que difiera de la que correspondería a un contrato de trabajo común. Solamente se exige a este respecto que el puesto de trabajo permita al trabajador «la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados» (art. 11.1.a) ET), pudiendo asumir el trabajador las responsabilidades propias del puesto y categoría asignados y adecuados a su titulación (STSJ Cantabria 22-3-1996)”. Todo ello sin perjuicio de que cualquier informe técnico que se realice en un procedimiento de concesión de licencia sea susceptible de valoración y de contradicción en sede judicial con motivo de la impugnación del acto de otorgamiento de dicha licencia.

En cuanto a los incumplimientos referidos a que el edificio no cumplía la normativa contra incendios, ni la normativa contra ruidos y que debía contar con el

visto bueno de Patrimonio, la sentencia apelada no los acoge al entender que van referidos a la licencia de obras, no a la de ocupación. En efecto, esta última “tiene por objeto confrontar la obra realizada con el proyecto que sirve de soporte a la licencia de obras en su día otorgada, y también si se han cumplido las condiciones lícitas, en su caso establecidas en dicha licencia, ya que si existe adecuación, el Ayuntamiento no puede denegar la licencia de Primera Utilización, dado que aparte de encontrarnos ante un supuesto de actividad reglada, la licencia de Primera Utilización es expresión técnica de la necesaria comprobación de si el edificio o instalación se acomoda a las previsiones contenidas en el proyecto e instrumentos complementarios que en su día sirvieron de soporte al acto base de concesión de la licencia de obra o edificación. Interesa añadir a lo dicho que pese a que la licencia de Primera Utilización implica un acto de comprobación de la adecuación de la realidad a la licencia previa de obras, no se podrá basar la denegación de la licencia de ocupación en que la previa de obras no es ajustada a derecho, ya que dicha licencia de obras previa deberá ser revisada, si a ello hubiere lugar, a través del procedimiento legal establecido, y de ningún modo utilizando la denegación de la licencia de Primera Utilización para impedir la aplicación de las obras” (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1997, recurso 2021/1992). Añadiremos, en relación a la alegación por el apelado del incumplimiento de las condiciones de seguridad de la edificación indicadas en el Código Técnico de la Edificación, en sus Documentos Básicos de Seguridad en caso de Incendio (DB-SI) y de Protección frente al ruido (DB-HR), que el Código Técnico de la Edificación aprobado por RD 314/2006 entró en vigor el 29 de marzo de 2006, mientras que la licencia de obras se tramitó en 1999, por lo que no le es aplicable (en este sentido informe del Arquitecto Técnico Municipal de 27 de abril de 2021 consignado en la resolución recurrida). En cuanto a la autorización de Patrimonio hemos de indicar que en el mencionado informe de 27 de abril de 2021 se recoge que solicitada licencia de obras para la rehabilitación del edificio para vivienda y bajo comercial de 402,80 m<sup>2</sup> en la calle \_\_\_\_\_, se emitió informe técnico con fecha 14 de abril de 1999, en el que se examina dicha cuestión (la protección del edificio por la normativa de Patrimonio), lo que evidencia que se trata

de un incumplimiento referido a la concesión de la licencia de obras inicial (de ahí que se emitiera el referido informe de 14-4-1999) y no a la de ocupación.

En cuanto al incumplimiento referido a la medianera, la sentencia apelada se refiere al informe técnico municipal de 27 de abril de 2021, en el sentido de que desde el punto de vista urbanístico tan solo interesaría en lo referente a la postura mantenida por el actor de no cumplir con los requisitos de protección contra incendios y ruidos. En efecto, en relación a dicha cuestión el informe pericial aportado por el demandante se fundamenta en la regulación prevista en el Código Técnico de la Edificación que no resulta aplicable al ser posterior a la licencia de obras concedida.

Respecto a la rampa de 12% de pendiente máxima en el acceso a portal desde la vía pública el apelado señala, en relación a la sentencia aportada por la Administración apelante de 9 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Oviedo, que la misma no tiene que ver con el edificio litigioso, pero no se desvirtúa el argumento contenido en la sentencia apelada que rechaza tal motivo impugnatorio, atendiendo al informe sobre la urbanización de las calles en cuestión.

Respecto a otros incumplimientos normativos que se denuncian, hemos de reiterar la jurisprudencia antes mencionada, respecto a las licencias de primera ocupación, en el sentido de que la impugnación de la licencia de primera ocupación no permite revisar la conformidad a derecho de la licencia de obras sino la conformidad de las obras ejecutadas con las licenciadas, a lo que hemos de añadir, en el caso del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Antiguo de Pola de Siero que el mismo fue aprobado definitivamente el 26 de junio de 2008, esto es, con posterioridad a la licencia de obras de 1999. En cuanto al incumplimiento del PGOU de Siero en su punto 2.120, pasajes y soportales, ha de recordarse que el documento de Revisión Adaptación del PGO de Siero fue aprobado definitivamente en sesión de 1 de junio de 2006 y publicado en el BOPA de 16 de septiembre de 2006, posterior a la licencia de obras.

**CUARTO.-** La sentencia de instancia sí acoge los incumplimientos denunciados por el demandante referidos al aumento de altura y volumetría entendiéndose que impiden poder considerar acreditado que se den los presupuestos de ajustarse la obra ejecutada a la licencia de obras.

Sobre este punto D. [redacted] en su informe señala que en el proyecto y en las condiciones especiales se hace hincapié en que la ocupación en planta será según huella y el volumen del edificio final será el mismo que el del estado previo a las obras, indicando que no cumple con estas condiciones pues se produce una alteración volumétrica (se observa un cambio en las alturas de forjados y cornisas) y una invasión del edificio adyacente en la planta segunda y bajo cubierta. En esta zona se produce un aumento de la superficie construida que excede la huella inicial del edificio. Se añade que para constatar este hecho se procede a la medida, en los planos del informe pericial de la arquitecta [redacted] de las distancias entre la caja de escaleras del Edificio [redacted] y del hueco del ascensor [redacted] y de éste al eje medianero supuesto por la arquitecta. Dicho perito en su comparecencia judicial señaló que el incremento de volumetría supuso un aumento de superficie construida en la tercera planta, no pudiendo precisar tal incremento porque él no pudo hacer el levantamiento del edificio y se basó en los informes anteriores de la Sra. [redacted], planos del proyecto e inspección exterior.

En el informe técnico municipal de 27 de abril de 2021 se señala que, como consta en el reportaje fotográfico incorporado al informe técnico municipal de 14 de diciembre de 2015, se observa un ligero incremento de altura de cornisa en ambos frentes de fachada a calles [redacted]. Se añade, respecto al incremento de volumetría, que se ha generado un ligero aumento de alero a pesar de situarse aún por debajo del inmueble del denunciante y que la ejecución de una nueva estructura al interior del inmueble, con sus parámetros dimensionales actualizados a la norma, y el establecimiento de las alturas útiles al interior de la vivienda a la que se

refiere la normativa de habitabilidad del Principado de Asturias, generan irremediamente un leve incremento justificado. De ello no se desprende un incremento de superficie construida, ni tampoco un incremento oneroso de volumetría, sino que, al contrario, viene obligada por la adaptación a la normativa en aras a la mejora de la habitabilidad y seguridad.

A la vista de los anteriores informes no resulta acreditado el aumento de superficie que sostiene el perito del apelado, quien no pudo cuantificar dicho aumento (lo que resultaría relevante en un eventual procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, en orden a que el titular del edificio pudiese conocer con la debida certeza las actuaciones que tendría que acometer para ajustarse a la licencia), pues no entró en el edificio para poder realizar las correspondientes comprobaciones y sin que pueda acogerse su argumentación de que se basó en el informe de la Sra.

emitido en otro procedimiento, sin que dicho informe se incorporase al presente ni se propusiese la declaración de la misma a efectos de su ratificación y aclaraciones. En todo caso no se aporta una medición precisa de dicho aumento, negado en el informe técnico municipal de 27 de abril de 2021.

En cambio, sí existe un aumento de altura y volumetría del edificio que es admitido en el informe técnico municipal de 27 de abril de 2021 y también puede constatarse en las fotografías obrantes en el expediente que reflejan el estado del inmueble antes y después de las obras realizadas.

Ocurre que, examinadas dichas fotografías se observa que ese incremento de volumetría y altura es ligero, tal y como se califica en el informe técnico municipal de 27 de abril de 2021, no habiéndose acreditado, según ya hemos señalado, que responda a un aumento de superficie construida o a un mayor aprovechamiento lucrativo para el titular del edificio, sino que ha venido motivado por la ejecución de una nueva estructura en el interior del inmueble con sus parámetros dimensionales actualizados a la norma, según se recoge en el informe de 27 de abril de 2021, y para salvaguardar las

condiciones de habitabilidad de la vivienda, todo ello con mejora de las condiciones estructurales de uso y apariencia del edificio.

Entendemos por ello que el leve incremento de altura y volumetría que se aprecia en las fotografías aportadas, que no ha sido objeto de medición precisa y cuantificada por el perito del demandante, en las que se constata una sustancial identidad del estado y apariencia de la edificación, antes y después de su rehabilitación, no debe conducir a la denegación de la licencia de primera ocupación, en aplicación del principio de proporcionalidad previsto en el art. 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, al encontrarnos, tal y como mantiene la Administración apelante ante tolerancias mínimas, fruto de la propia ejecución de la obra que no tienen relevancia en el aspecto exterior del edificio, que resulta sustancialmente coincidente.

Se trata de unas mínimas variaciones o desviaciones de la obra en relación al proyecto que carecen de la suficiente entidad como para conllevar la denegación de la licencia de primera ocupación, a la vista de la propia realidad que se refleja en las fotografías de antes y después a la ejecución de las obras, pues tal denegación, por el mencionado motivo, resultaría una consecuencia desproporcionada al incumplimiento constatado.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1988, señala que “aún admitiendo que la medición adecuada sea la que realiza la Administración el exceso es tan exiguo que hay que plantearse si admitida la infracción se puede anudar a ella una consecuencia tan drástica como es la pérdida de la calificación definitiva y todo lo que comporta su denegación... el mantenimiento de tales resoluciones administrativas pugnaría con el principio de equidad y con el de proporcionalidad exigible en, el actuar de la Administración al faltar la ecuación o correspondencia entre la pequeñísima entidad de la pretendida falta y la gravedad del efecto aplicado que supone la pérdida de los beneficios de que gozan las viviendas protegidas...”.

A dicho principio de proporcionalidad se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1994 (rec. 598/1992) en los siguientes términos: “... importa señalar que si bien es cierto que uno de los principios tradicionalmente invocados por la jurisprudencia, en orden a las demoliciones urbanísticas, es el de la proporcionalidad, acudiendo para ello tanto al art. 106 CE como a los arts. 84.2 LBRL y 6 Rgto. de servicios de las corporaciones locales, en cuanto imponen la necesidad de armonizar los medios utilizados y la finalidad perseguida por la Administración, la sola invocación de dicho principio no puede servir para provocar el mantenimiento de la situación urbanística perturbada.

En efecto, dicho principio, como señalan las SS de 25 de octubre de 1989 y 16 de febrero de 1993 de esta Sala, ha sido configurado como un medio extraordinario de evitar derribos que procedieran por una estricta aplicación de las normas, pero que pugnarían con los principios de justicia material, habida cuenta de que en la construcción, por la complejidad de su técnica, es fácil que, incluso de buena fe, se cometan errores que no deban perjudicar al conjunto de una obra que, globalmente, esté dirigida al bien común y suponga una creación de riqueza mediante el esfuerzo del hombre”. Si bien en relación al caso enjuiciado en dicha sentencia señala: “Doctrina esta última que nada tiene que ver con el supuesto que nos ocupa, que no se trata de excesos o errores de escasa cantidad que pueden justificar la aplicación del aludido principio de proporcionalidad, sino de la construcción de una nueva planta destinada a oficinas en una nave fuera de ordenación”, supuesto este último no comparable al que es objeto del presente recurso de apelación.

En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 18-7-1995, rec. 8084/1990, afirma que “... parece procedente aplicar en el caso actual, como la sociedad apelante siempre ha solicitado, el criterio de la proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia -por ejemplo, SS 1 de julio y 19 de septiembre de 1981 y 3 de noviembre 199, para "evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o

gravedad de la infracción cometida las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta, resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten" en términos semejantes, se añade que "igualmente es necesario indicar que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo que procede la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición dispuesta", para concluir que "no procederá, por tanto, la demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal".

Así pues consideramos, en el caso de autos, a la vista de las fotografías obrantes en el expediente y a falta de una medición precisa que desvirtúe la afirmación del informe técnico de 27 de abril de 2021, en el que se califica de ligero (por tanto leve) el incremento de la altura y de la volumetría del edificio, que la denegación de la licencia de primera ocupación por tales defectos resultaría contraria al principio de proporcionalidad y, en este sentido, la resolución administrativa recurrida resulta congruente con los motivos y fines que la justifican (art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

La sentencia impugnada mantiene que no se acredita el cumplimiento de los requisitos de habitabilidad y seguridad del edificio, ya que en el inicio de la solicitud se precisaba del acompañamiento de la cédula de habitabilidad, lo cual no se hizo y el informe técnico municipal de 14 de diciembre de 2015 no reflejaba tratamiento alguno de este aspecto.

La Administración demandada sostuvo en su contestación a la demanda que la cédula de habitabilidad se ha suprimido, siendo ahora únicamente necesario que los proyectos y su ejecución cumplan las normas de habitabilidad, correspondiendo a los

Ayuntamientos su control. En trámite de conclusiones el demandante alegó que tal aseveración de la Administración se amparaba teóricamente en el Decreto asturiano 73/2018, por el que se aprueban las normas de habitabilidad en viviendas y edificios destinados a viviendas en el Principado de Asturias, invocando aquél la disposición transitoria primera de dicho Decreto según la cual: “Las presentes normas de habitabilidad no serán de aplicación a las obras de nueva construcción o de intervención en viviendas existentes que tengan solicitada la preceptiva licencia municipal a la entrada en vigor del presente decreto, a las que seguirá siendo de aplicación el Decreto 39/1998, de 25 de junio, siempre y cuando el inicio de las obras se efectúe en el plazo señalado en el otorgamiento de la licencia”, por lo que entendía que el Decreto referido no resulta de aplicación, a lo que la Administración contestó en trámite de conclusiones invocando la disposición transitoria segunda del Decreto mencionado, a cuyo tenor: “Las solicitudes de concesión de cédula de habitabilidad de primera ocupación presentadas y no resueltas a la entrada en vigor del presente decreto, continuarán regulándose de acuerdo con la normativa anterior”. Sostiene dicha Administración que, por tanto, las solicitudes resueltas se regulan por el Decreto 73/2018, a cuyo efecto aportó la resolución de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales de 15 noviembre de 2017, por la que se ponía fin al expediente de solicitud de cédula de habitabilidad de primera ocupación para la vivienda sita en la \_\_\_\_\_, por desistimiento del solicitante y se acordaba su archivo.

Sin embargo, la resolución de 15-11-2017 reseñada no contiene un pronunciamiento de fondo sobre la habitabilidad del edificio, sino que es una resolución procedimental de archivo al no haber aportado el interesado la documentación requerida. No estamos pues ante una solicitud no resuelta por causa imputable a la Administración.

Ello comporta que resulte de aplicación al caso el Decreto 39/1998, de 25 de junio, por el que se aprueban las Normas de Diseño en edificios destinados a viviendas. A tenor del art. 4 del mismo: “1.- La Consejería de Fomento expedirá la

Cédula de Habitabilidad de primera ocupación a las viviendas, previa comprobación de la concesión de las licencias municipales a que se refiere el artículo tres, en los términos establecidos en la normativa vigente reguladora del régimen jurídico de dicho documento”. Por su parte, el art. 3 del mismo Decreto dispone que “Para la obtención de la licencia municipal de obras y de primera utilización, se requerirá que el proyecto y su ejecución cumplan las exigencias del presente Decreto, correspondiendo a los servicios técnicos locales el control efectivo de dicho cumplimiento”.

Pues bien, del art. 4.1 transcrito se desprende que la cédula de habitabilidad es posterior a la licencia de primera ocupación, por lo que la falta de la misma, no afecta a la validez de dicha licencia, teniendo en cuenta además que con arreglo al art. 4.2 del mismo Decreto: “Los servicios técnicos de la Consejería de Fomento realizarán cuantas inspecciones consideren necesarias en orden a la comprobación del cumplimiento de las condiciones de habitabilidad. Las inspecciones podrán efectuarse tanto con carácter previo a la concesión como durante el período de vigencia de la Cédula de Habitabilidad”.

El apelado en su escrito de oposición al recurso de apelación se refiere, ratificando lo dicho en la demanda, a que el edificio rehabilitado no cumple con las determinaciones en materia de seguridad estructural, lo que se constata en los puntos nº 4 y 9 del informe pericial.

La sentencia apelada señala, en cuanto a si el edificio cumpliría o no las condiciones de habitabilidad y seguridad que nada consta acreditado, refiriéndose a que no se acompañó la cédula de habitabilidad, si bien no se examinan específicamente tales incumplimientos.

El informe técnico municipal de 27 de abril de 2021 no se refiere de forma específica a tales incumplimientos de la seguridad estructural y tampoco se hace en el recurso de apelación interpuesto.

En el punto 9 del informe pericial de Don                    se afirma que según proyecto la escalera se mantendrá en su posición original, aunque al cambiar el portal a la calle                    se entiende que el sentido de ascenso será desde esa calle a la calle                    y así se refleja en el plano de planta baja. Sin embargo en los planos del resto de plantas se encuentra representada en sentido contrario, lo que constituye una imposibilidad física. Este aspecto influye también en el cálculo estructural del edificio pues las cargas soportadas varían e influyen en el armado de las vigas. Se indica por el perito que no cumple, pues los planos del proyecto entran en conflicto y no son suficientes para la construcción del edificio, pues no describen sus elementos correctamente y si se ejecutan en la forma representada no se podrá utilizar.

No podemos acoger este incumplimiento, en cuanto va referido a posibles defectos de los planos presentados para obtener la licencia de obras, pero esta última no es objeto del presente recurso.

El punto 4 del informe pericial se refiere a que según proyecto, plano 30, Cuadro de pilares y detalles de la estructura, los pilares que forman el soportal en la C/                    serán construidos en hormigón armado según el despiece aportado. Afirma el perito que no cumple, ya que los pilares se colocan de piedra, sin que figure un modificación de proyecto que contemple este cambio estructural aportando los cálculos y dimensiones de los elementos colocados.

En este caso, por el Ayuntamiento apelante no se contradice el incumplimiento denunciado ni se explica ni justifica esa modificación, respecto a lo previsto en el proyecto, del material de dicho elemento estructural, sin que pueda apreciarse en el presente caso la aplicación del principio de proporcionalidad, en cuanto tal elemento puede afectar a la seguridad estructural del inmueble y por tanto al uso seguro del mismo y suponer, además, un apartamiento completo de lo previsto en dicho proyecto en cuanto al material a emplear en los pilares mencionados.

En base a las anteriores consideraciones, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, si bien por distinta motivación a la contenida en la sentencia impugnada, al entender que el otorgamiento de la licencia de uso y primera ocupación no resulta conforme a derecho pero únicamente por no ajustarse la obra realizada al proyecto presentado en lo referente al cambio de material de los pilares que forman el soportal en la

**QUINTO.-** No procede acordar imposición de costas en ninguna de las dos instancias, a la vista de las consideraciones que acabamos de realizar (en que se desestima el recurso de apelación interpuesto en base a un incumplimiento no considerado específicamente en la sentencia apelada, rectificando los incumplimientos en que esta última se basó para anular la resolución impugnada), teniendo en cuenta asimismo la controversia fáctica y jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso (art. 139 de la LJCA).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don \_\_\_\_\_ en nombre y representación del Ayuntamiento de Siero contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Oviedo de 7 de diciembre de 2021, cuya fallo se confirma no por sus propios fundamentos, sino por los recogidos en la presente resolución, según lo razonado en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de esta resolución; sin costas en ninguna de las dos instancias.



Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala recurso de casación en el término de treinta días, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia la infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

