

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 OVIEDO

SENTENCIA: 00125/2019

SENTENCIA nº 125

En Oviedo, a treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve.

La Ilma. Sra. D^a. Pilar Martínez Ceyanes, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Oviedo ha visto los presentes autos tramitados como **procedimiento abreviado nº 499/18** en el que son partes:

RECURRENTES:

representados y asistidos por la Letrada
D^a. COVADONGA PEREZ-ESPINOSA GONZALEZ-LOBON.

DEMANDADA: EL AYUNTAMIENTO DE AVILES representado y asistido por la ABOGACIA CONSISTORIAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 18 de octubre de 2018, se presentó en el Juzgado Decano de Oviedo, demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, el recurrente terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la no conformidad contra la resolución del Ayuntamiento de Avilés de fecha 18 de julio de 2018, expediente AYT/2060/2018, por la que se acuerda ordenar a los recurrentes a que, en el plazo de dos meses, a contar del día siguiente a la recepción de la resolución, lleven a cabo la completa demolición del cierre construido sin licencia, parcela situada en Retumés _____, propiedad de los recurrentes, con expresa advertencia de su ejecución subsidiaria, por la administración y a su costa, en caso de incumplimiento, solicitando se declare la nulidad de la resolución recurrida, reconociendo el derecho de la parte recurrente a que se legalice la obra ejecutada sin exigir la demolición del cierre y la construcción de otro nuevo, con expresa condena en costas a la demandada, con cuantos pronunciamientos hubiera lugar por corresponder así en derecho.

Segundo.- Reclamado el expediente administrativo se citó a las partes a la celebración de la vista que tuvo lugar el 27 de mayo de 2019, con la asistencia de ambas y en la que la demandante se ratificó en su demanda y concedida la palabra a la parte demandada, por su representante se alegó lo que estimó oportuno en defensa de la legalidad del acto administrativo recurrido solicitando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la recurrente.

Tercero.- Se fijó la cuantía de la presente litis en 1.249,38 euros y practicada la prueba solicitada y declarada pertinente y formuladas conclusiones por ambas partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación del procedimiento se han cumplido las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la resolución del Ayuntamiento de Avilés de fecha 18 de julio de 2018, expediente AYT/2060/2018, por la que se acuerda ordenar a los recurrentes a que, en el plazo de dos meses, a contar del día siguiente a la recepción de la resolución, lleven a cabo la completa demolición del cierre construido sin licencia, parcela situada en Retumés, con expresa advertencia de su ejecución subsidiaria, por la administración y a su costa, en caso de incumplimiento.

Alega el recurrente que el cierre resulta legalizable discrepando de las consideraciones del Ayuntamiento en dos extremos, a saber: 1º Por la consideración de la finca como no edificada cuando en ella existe una vivienda y 2º Por la consideración de nueva obra cuando se trata de arreglo y mejora del preexistente.

El Ayuntamiento demandado se opone al recurso sosteniendo que el cierre efectuado no resultaba legalizable al tener en su parte inferior un muro de fábrica ciego inadmisibles por aplicación del art 7.74.1 del PGOU además de no guardar la posición respecto al eje del camino establecida en el art 7.74.5. Alega que se trata de finca catastral y urbanísticamente distinta a aquella donde se encuentra la vivienda por lo que es correcta la consideración de la misma como no edificada. En cuanto a la preexistencia, se sostiene que el anterior murete no superaba los 30 cm de altura y no se encontraba en la perpendicular a la calzada que ha sido recrecido en su totalidad lo que justifica su consideración de obra nueva.

Segundo.- En el examen de las cuestiones sometidas a enjuiciamiento la primera cuestión a resolver es la relativa a la normativa aplicable. En este sentido no existe contradicción alguna respecto a que la obra se ha realizado en Suelo Urbano No Consolidado Núcleo Rural tipo a/ respecto al que se aplica lo dispuesto en el artículo 7.74 del PGOU en cuanto a las condiciones que deben cumplir los cierres en este tipo de suelo.

1. *“Los cierres de fincas no edificadas, en las Categorías de suelo en que se autoricen, deberán hacerse por medio de estacas y alambradas, o por medio de seto vivo, o con ambos procedimientos simultáneamente : con una altura que no rebase de 2 metros sobre el nivel del terreno del lado del cierre que sea más bajo; y con posibilidad de ser reducida esa altura hasta un total de 80 cm. como máximo, cuando el cierre separe de un camino o vía pública y, por razones paisajísticas, no deba encajonarse la vista desde ésta. La reducción se establece, en general, en las carreteras, estatales, autonómicas, y locales, cuando transcurren por tramos de media ladera, y afecta al cierre situado en el lado de la vía en el que el terreno está a menor cota. Igual limitación se fija en caminos de recorrido pintoresco. La cimentación de dichos cierres podrá realizarse por medio de zapatas aisladas para cada poste, o zanja corrida si se pretende amarrar la malla metálica en su borde inferior, si bien, se ejecutará bajo rasante en cualquier caso, a fin de no modificar la escorrentía natural de los terrenos.*
- 2.
3. *En fincas edificadas, además de los cierres descritos en el apartado anterior, se espacio en torno a ellas (análogo a la corrada tradicional), que no tiene necesariamente porqué ser coincidente con la parcela completa, del modo siguiente:*
 - *Siempre que el cierre no se sitúe a más de quince metros de distancia de algún punto de la construcción principal en plantas normales por encima del terreno.*
 - *Con una altura máxima de 1,50 metros sobre el terreno a cualquiera de sus dos lados y ejecutado en mampostería de piedra cuajada u hormigón fundido sin revestir, si ha de quedar visto por su cara exterior.*
 - *Con los materiales de fábrica que se desee, si se recubre exteriormente (del lado contrario a la edificación), con seto vivo, para lo que se precisará retirar el cierre hacia el interior de la línea*

de emplazamiento según retranqueos, para poder plantar el seto sin rebasar de dicha línea.

- Por encima de la altura de 1,5 puede disponerse, hasta 2,50 metros de altura en conjunto, verja metálica o alambrada, y seto vivo en todo caso. No autorizándose, en cambio, el uso de celosía de hormigón o cerámica.

3. En los frentes a vía pública de las fincas edificadas podrán ejecutarse cierres con las tipologías constructivas referidas en el apartado anterior, a pesar de que se alejen de la edificación principal mas allá del límite de quince metros exigido para las corradadas.

4. Cuando la edificación forma parte del compacto de un Núcleo Rural, puede admitirse que el cierre de la casa se ejecute en los mismos materiales que componen la edificación principal, no precisándose, en este caso, la plantación de seto vivo exterior que lo recubra.

5. Los nuevos cierres a realizar frente a vías públicas deberán de cumplir con lo establecido en la legislación estatal y autonómica vigente en materia de ordenación y defensa de las carreteras, y guardar, como mínimo, las siguientes distancias (retiros) de los elementos de la vía (...)"

En el supuesto aquí examinado la norma a aplicar es el art 7.74 en su primer apartado habida cuenta que la alegación del recurrente de que la finca donde se ejecutó el cierre forma parte de la colindante donde se encuentra la vivienda no se halla acreditada por prueba alguna. Por el contrario, el Ayuntamiento ha aportado certificación catastral descriptiva en la que aparece la finca como parcela independiente. Así ha de tomarse en la medida en que la alegación de la actora, también recogida en el informe pericial acompañado a la demanda, no está acompañado de prueba alguna que ponga de manifiesto que ha tenido lugar la agregación de dicha parcela catastral a la colindante en la que se ubica la edificación. En este sentido, no está de más reseñar que en el expediente de disciplina urbanística seguido ante el Ayuntamiento, los hoy demandantes no alegaron óbice alguno al contenido del informe técnico municipal en el que se contenían los extremos básicos para el dictado de la resolución; y ello pese a la concesión del oportuno trámite de audiencia

Partiendo de lo precedentemente expuesto no cabe duda de que las condiciones a exigir para el cerramiento son las establecidas en el art 7.74 apartado 1 y no en el 2.

Tercero.- En segundo lugar, se discute la procedencia de imponer esta exigencia en el supuesto examinado en el que, según se alega, existía un cierre preexistente.

En efecto, cabe tener por demostrado a la vista del informe pericial la existencia, en el frente a camino, de “un murete de contención de estructura mixta (piedra y ladrillo)...que se encontraba en mal estado”. Es decir, únicamente en el frente del camino, pues lo que también ha de estimarse acreditado es que en la parte del lateral, perpendicular al camino, no existía ningún cierre de fábrica pues las fotografías aportadas por el Ayuntamiento al acto de la vista son claras a este respecto, hasta el punto de que mientras en las antiguas se observa el poste situado fuera de la delimitación de la propiedad, el mismo ha quedado dentro tras la construcción del muro.

Así las cosas, no cabe duda de la legalidad de la resolución recurrida en cuanto a la orden de demolición de esa nueva construcción, es decir, la que afecta a la parte perpendicular de la parcela con el camino, el cual habrá de atenerse a las prescripciones del citado art 7.74.1 en tanto en cuanto no se produzca la situación urbanística que permita calificar la parcela como edificada a los efectos de poder aplicar las condiciones del cierre a este tipo de parcelas.

Cuarto.- Respecto al muro frente al camino, cabe considerar acreditada la preexistencia de una denominada “muria” o cierre típico asturiano que, por su ubicación respecto al camino, no cumple con las condiciones del PGOU, lo que permite su consideración como fuera de ordenación a los efectos previstos en la normativa urbanística y que, como veremos, no autoriza obras como las ejecutadas y que consta que han elevado al doble la altura existente.

La calificación de “fuera de ordenación” es la que señala la sentencia citada por el recurrente en su escrito de demanda, STSJA 404/2015 de 25-5-2015 al decir: “*A juicio de esta Sala, los cierres ya existentes quedarán fuera de ordenación si no cumplen con la previsión del nuevo planeamiento*”. Resulta pues aplicable la normativa consustancial a estas circunstancias prevista en el art 107 TROTUAS: “1. Las construcciones e instalaciones erigidas con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultaren disconformes con el mismo se considerarán fuera de ordenación, sin necesidad de que el planeamiento lo declare así expresamente.

(...)

2. En las construcciones e instalaciones fuera de ordenación no podrán realizarse obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas

reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble. El planeamiento podrá disponer que este régimen se aplique únicamente a los edificios calificados expresamente como fuera de ordenación.

3. En casos excepcionales, podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar desde la fecha en que se pretendiese realizarlas.

(...)"

De lo anterior se colige la posibilidad de que los recurrentes conserven o mantengan el muro preexistente realizando las obras dirigidas a este fin.

A este efecto, cabe señalar que las Normas Urbanísticas del PGOU de Avilés (BOPA 15-7-2006) en su art 5.89 distingue las siguientes modalidades dentro de las obras de reforma y se ocupa de la definición de cada una de ellas:

- 1) *Mantenimiento y conservación.*
- 2) *Consolidación.*
- 3) *Restauración o recuperación.*
- 4) *Acondicionamiento.*
- 5) *Reestructuración.*
- 6) *Ampliación.*

2. *Se definen como obras de mantenimiento y conservación las habituales derivadas del deber de conservación de los propietarios. (...)*

3. *Se definen como obras de consolidación las que tienen por objeto, dentro del deber de conservación de los propietarios, mantener las condiciones de seguridad, a la vez que las de salubridad y ornato, afectando también a la estructura portante, pero sin alterar, como en el tipo anterior, características formales ni funcionales (...)*

4. *Se definen como obras de restauración o recuperación las encaminadas a la puesta en valor de un edificio o parte del mismo, restituyendo sus condiciones originales. Dentro de esta denominación se comprenden las actuaciones de: - Mantenimiento, remozando elementos existentes o eliminando los procedentes de reformas inconvenientes. - Consolidación, asegurando, reformando o sustituyendo elementos estructurales originales dañados o cambiando los que alteren las*

condiciones originales por otros acuerdos con ellas. - Derribos parciales, eliminando así las partes que supongan una evidente degradación del elemento en cuanto a su configuración arquitectónica y relación con el entorno. - La reposición o reconstrucción de aquellos cuerpos y huecos primitivos que redunden en beneficio del valor cultural del conjunto, o que se precisen para corregir los efectos del vandalismo, de catástrofes naturales, del incumplimiento del deber de conservación o de obras ilegales.

5. Se definen como obras de acondicionamiento las necesarias para la adecuación de un edificio o una parte del mismo a los usos a que se destine, mejorando sus condiciones de habitabilidad, sin alterar en términos de volumen la envolvente exterior, la composición de fachadas, configuración general y la estructura básica originales, así como los añadidos existentes que puedan considerarse acordes con el conjunto del edificio. (...)

6. Se definen como obras de reestructuración las derivadas de la adecuación al uso pretendido para un inmueble, alterando su morfología en lo que no sean características originales de su envolvente exterior visibles desde los espacios públicos, aunque se modifiquen las condiciones interiores del mismo y su superficie útil, así como sus elementos estructurantes. (...)

7. Se definen como obras de ampliación las que suponen rebasar el volumen de la envolvente exterior del edificio preexistente, tanto en altura como en planta.”

A su vez el art 5.95 se destina a la regulación de casos como el presente en que se trata de obras en emplazamientos no coincidentes con el de planeamiento urbanístico señalando: *“Pueden autorizarse exclusivamente las obras de reforma que, sin alcanzar el nivel de reestructuración, no implican aumento de superficie construida en la zona afectada por la disconformidad del emplazamiento”*.

De todo lo anterior cabe concluir que si bien no resulta procedente la completa demolición del muro dada su preexistencia, habrá de ordenarse su legalización para conservar el cierre en la forma anteriormente existente y sin ampliación de su altera, todo ello en los términos que resultan de los referidos preceptos

Quinto.- Dada la estimación parcial del recurso, no se considera procedente la imposición de costas (artículo 139 de la LRJCA).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por

, contra resolución del Ayuntamiento de Avilés de fecha 18 de julio de 2018, expediente AYT/2060/2018, por la que se ordena la completa demolición del cierre construido sin licencia, parcela situada en Retumés , declarando la conformidad a derecho de dicha resolución en lo que se refiere al nuevo muro perpendicular al camino, anulándola por no ser ajustada a derecho en lo que se refiere al muro preexistente frente al camino respecto al que habrá de permitirse la legalización en los términos fijados en el fundamento de derecho cuarto.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe interponer recurso.

Firme que sea y con certificación de la presente, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

