

SENTENCIA: 90231/2014

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**APELACION N° AP 230/14**

**APELANTE: LOICHAN, S.L.**

**PROCURADOR: D. <sup>LOPD</sup>**

**APELADO: AYUNTAMIENTO DE GIJON**

**PROCURADOR: D<sup>a</sup> <sup>LOPD</sup>**

**SENTENCIA DE APELACIÓN n° 231/14**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Jesús María Chamorro González**

**Magistrados:**

**Dña. María José Margareto García**

**D. Francisco Salto Villén**

En Oviedo, a quince de diciembre de dos mil catorce.



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 230/14, interpuesto por Loichan, S.L., y representada por el Procurador D. LOPD

LOPD, contra el Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> LOPD. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Salto Villén.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 288/13, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de Gijón.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014. 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. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 11 de diciembre pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se somete a la consideración de esta Sala, por la representación procesal de la entidad mercantil LOICHAN, S.L., la Sentencia, de fecha 9 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Gijón, que desestimó su recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento de Gijón de fecha 10 de octubre de 2013, mediante la



que se desestimaba el recurso de reposición formulado frente otra anterior del mismo Ayuntamiento, de fecha 14 de junio del mismo año, que ordenaba a la recurrente la restauración de la legalidad urbanística infringida mediante la retirada de los rótulos instalados en la cubierta o terraza del edificio sito en la Plaza Jardines del Náutico (Pub Náutico), por ser ilegales e ilegalizables por incumplir lo dispuesto en el artículo 5.2.68 del PGOU de Gijón.

**SEGUNDO.-** Por la parte apelante se alega en esencia, primero, que no existe infracción de los preceptos citados del PGOU, ya que se trata de un edificio singular de dos plantas, primera y superior abierta y terraza, con licencia de actividad concedida, y por tanto los elementos publicitarios litigiosos no se han instalado ni sobre cubierta ni sobre la coronación, alegando al efecto una interpretación gramatical de qué debe entenderse por coronación y por cubierta de un edificio; y en segundo lugar, subsidiariamente, alega que se deben aplicar en todo caso los principio de no discriminación y de interpretación menos restrictiva de las normas previsto en el artículo 39.bis de la Ley 30/1992.

A tales alegaciones ha opuesto la Administración apelada lo que ha estimado conveniente en orden a la confirmación de la sentencia, añadiendo, de un lado, que la apelación no es sino la repetición de lo alegado en la instancia; y de otro lado, que el informe de parte aportado por la apelante en la instancia no debe ser considerado como verdadera prueba pericial, según doctrina jurisprudencial que deja citada, apoyando, en definitiva, los razonamientos de la Sentencia apelada.

**TERCERO.-** Antes de continuar adelante con el examen de las distintas cuestiones suscitadas en la presente instancia, conviene recordar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS, entre otras muchas, de 3 de junio de 1982, 13 de enero de 1992, 11 EDJ 1996/4477 y 25 de junio EDJ 1996/5809 y 24 de julio de 1996 EDJ 1996/6642) en la que se señala que "no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discutan de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho resueltas por la sentencia apelada. Por el contrario, el apelante debe esforzarse en demostrar que la Sentencia del Tribunal de instancia

vulnera el ordenamiento jurídico, constituyendo una desnaturalización del recurso la reiteración de los argumentos ya esgrimidos en el proceso ante aquella instancia".

Y conviene dejar sentado que el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo, la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien la realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquélla; percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el Tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba llevadas a cabo defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo dialéctico alguno, porque el error es patente y claro.

**CUARTO.-** Ciertamente las alegaciones esgrimidas en esta apelación repiten las ya aducidas en la instancia, como apunta la apelada, pero también es cierto que subyace en el escrito de apelación una verdadera crítica a la Sentencia impugnada en cuanto a la interpretación de las normas del planeamiento aplicadas y a la infracción de los principios de no discriminación, de confianza legítima y interpretación menos restrictiva de las normas, siendo cuestión diferente que ese esfuerzo tenga el éxito pretendido.

Sentado lo anterior, y ya entrando al fondo, la cuestión a elucidar se contrae, en efecto, a la interpretación de los preceptos del planeamiento que se han aplicado, por lo que escasos efectos ha de tener para resolver esta apelación un informe pericial, como se demuestra por la invocación que se hace por la parte apelante, como ya hizo en la instancia, al significado de los vocablos "coronación" y "cubierta" en el diccionario de la RAE, como claves para interpretar las normas que nos ocupan.

En efecto, ciertamente el Diccionario atribuye a la palabra coronamiento la idea o acepción de adorno que se pone en la parte superior del edificio y le sirve de corona, pero también es cierto que le atribuye el significado de fin de una obra, o perfeccionar

y completar una obra, de modo que en el caso de autos, como estima el Juez de instancia, la coronación del edificio litigioso es la terraza o cubierta del mismo, en cuanto representa la terraza el fin de la obra, ya completado el edificio.

Metiéndonos en la cuestión técnica de la construcción de edificios nos encontramos en los mismos con los siguientes componentes: ala (aquella parte que se extiende por un lateral y se halla en relación a otro), pórtico (es un área abierta formada por columnas o arcadas dispuestas en la parte frontal del edificio), peristilo (pórtico ubicado alrededor del edificio), atrio (es un patio interno del edificio y en las iglesias es un espacio exterior), vestíbulo (es la primera instancia interior del edificio, seguido de la puerta y que permite el acceso al resto de las habitaciones o partes de la construcción), galería (es un ámbito dispuesto al aire libre, normalmente cuenta con arcadas el diseño) y **coronamiento (es el remate del edificio, que tiene la función de coronación del mismo)**, entre los más destacados, de modo que también por este significado técnico el coronamiento es el remate del edificio.

En fin, esta Sala no ha tenido más remedio que dar respuesta a los legítimos y sutiles argumentos de índole semántica argüidos por la parte actora, para desestimarlos por medio de la misma herramienta, según se ha dejado expuesto.

Por otra parte, los cuerpos del edificio están a su vez compuestos de miembros principales y otros llamados secundarios. Entre los principales sobresalen los soportes o sostenes (columnas y muros) y los sostenidos (entablamento, bóvedas, arcos y **techumbres**), razón por la que también la terraza es la techumbre del edificio en el caso de autos, como, además, el perito que ha realizado el informe de parte reconoce al decir que a la terraza puede llamársele cubierta tapadera, como queramos, con poca solvencia técnica, al entender de esta Sala, al realizar esas declaraciones tan vagas.

La circular informativa sobre diversas cuestiones, derivadas de la aplicación del código técnico de la edificación (Real Decreto 314/2006), establece en el apartado 2:

“2. La cumbre deberá situarse como mínimo a 7 metros del plano de fachada, salvo casos excepcionales y convenientemente justificados, permitiendo a partir de esa distancia la posibilidad de diseñar cubierta plana para la colocación de las instalaciones de la edificación (aparatos de aire acondicionado, placas solares fotovoltaicas, etc). El espacio bajo esta cubierta deberá tener una altura máxima libre

de 2,50 metros. Se permite la colocación de un antepecho de protección de altura mínima 1,10 metros además de cumplir lo dispuesto en el artículo 32 de las Ordenanzas de Edificación. En ningún caso se permite ninguna construcción por encima de la altura máxima de coronación”. Entendemos que es ésta otra razón para confirmar la sentencia apelada.

En cuanto a la idea de cubierta que nos suministra el RAE, es lo que se pone encima de una cosa para taparla o resguardarla, o también techumbre de una casa que cubre y defiende de las inclemencias del tiempo. Como vemos en el caso de autos, la terraza del edificio es la techumbre del mismo, pues de lo contrario es como si estimáramos absurdamente que el edificio litigioso no está protegido de la lluvia o de las inclemencias del tiempo.

**QUINTO.-** En lo concerniente a las otras alegaciones de la parte apelante, si tan claramente esta Sala ya ha declarado que los elementos publicitarios se han instalado sobre la techumbre plana o terraza del edificio o coronación del mismo, no puede aplicarse lo que dispone el artículo 39 bis.1 de la Ley 30/1992, pues la Administración en este caso no puede optar entre varias soluciones, sino que ha de atenerse a la aplicación de la Ley, en este caso el reglamento que es un PGOU, como bien razona la Sentencia apelada.

Y en cuanto a la aplicación al caso del principio de no discriminación y de igualdad, no tenemos nada más que añadir a lo razonado en la impugnada, que invoca para desestimar esta alegación de la demandante la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional.

**SEXTO.-** Por cuanto hasta aquí se ha razonado, procede la desestimación del presente recurso de apelación, con expresa imposición de las costas a la parte apelante por virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, con la limitación 1.500 € por todos los conceptos, vistas las características de esta apelación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil LOICHAN, S.L., contra la Sentencia, de fecha 9 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Gijón, con expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, con la limitación por todos los conceptos de la cuantía de 1.500 €.

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