



Roj: **STSJ AND 13359/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:13359**

Id Cendoj: **18087330042024100650**

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

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **13/09/2024**

Nº de Recurso: **483/2022**

Nº de Resolución: **2695/2024**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BEATRIZ GALINDO SACRISTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION CUARTA**

**RECURSO n ° 483/2022**

**SENTENCIA NUM. 2695 DE 2024**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

**D<sup>a</sup> Beatriz Galindo Sacristán**

**Ilmo./a. Sr/Sra. Magistrado/a:**

**D. Ricardo Estévez Goytre**

**D<sup>a</sup> María Isabel Moreno Verdejo**

En Granada, a trece de septiembre de dos mil veinticuatro.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en esta ciudad, se ha tramitado el recurso n ° **483/2022** seguido a instancias de **Don Edemiro** que comparece representado por la procuradora D<sup>a</sup> Lilitiana Bustamante Sánchez y asistido del letrado Sr. Camino Marinetto, siendo parte demandada el **Ayuntamiento de Granada**, representado por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos.

La cuantía del recurso es indeterminada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-Interpuesto recurso contencioso administrativo, se admitió a trámite el mismo y se acordó reclamar el expediente administrativo, que ha sido aportado.

**SEGUNDO.**-En su escrito de demanda, la parte actora expuso los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó por suplicar a la Sala que dictase sentencia por la que se anule el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Granada, de fecha 24 de septiembre de 2021, de aprobación definitiva de la innovación puntual de PEPRI Albaicín para la finca situada en DIRECCION000 de Granada, publicado en el boletín oficial de la provincia de Granada número 24, de fecha 4 de febrero de 2022, (expediente número NUM000), pues no ser conforme a derecho.

**TERCERO.**-No comparecieron en esta sede, ni la Administración demandada ni D<sup>a</sup> Visitacion, quien fue notificada en su día conforme a lo señalado en el artículo 49.1 de la ley 29/98.

**CUARTO.**-No habiéndose acordado el recibimiento del pleito a prueba, ni solicitado el trámite de conclusiones, se acordó pasar los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, señalándose para deliberación, votación y fallo



del presente recurso el día y hora señalados en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

Visto, habiendo actuado como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Beatriz Galindo Sacristán.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Antecedentes relevantes.

El recurso se interpone contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Granada, de fecha 24 de septiembre de 2021, de aprobación definitiva de la Innovación puntual de PEPRI Albaicín para la finca situada en DIRECCION000 de Granada, publicado en el boletín oficial de la provincia de Granada número 24, de fecha 4 de febrero de 2022, (expediente número NUM000 ).

Por decreto de 28 de julio de 2015 (expediente NUM001 ), se concedió licencia para la elevación de un Torreón en la DIRECCION000 de Granada. Dicho acuerdo fue impugnado ante el Juzgado de los Contencioso Administrativo nº 2. Por sentencia número 1903 de esta Sala dictada el 26 de octubre de 2018, se confirmó la sentencia de 6 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado número dos de lo contencioso administrativo en Granada que anulaba dicha licencia. Por el concejal de **urbanismo** se dictó decreto de 9 de mayo de 2019, iniciando el procedimiento de protección de la legalidad, urbanística y ejecución subsidiaria, requiriendo a la propietaria para la demolición del Torreón para dar cumplimiento a la sentencia número 23/2017 de 6 de febrero.

El 14 de abril de 2020, doña Visitacion titular de la licencia citada, presenta documento de innovación del PEPRI Albaicín en DIRECCION000 , con la finalidad de definir y posibilitar a efectos urbanísticos, las alineaciones interiores y el volumen del Torreón ejecutado sobre la vivienda unifamiliar siendo las condiciones urbanísticas de la parcela - de superficie 80 m<sup>2</sup> según el documento presentado y 78 m<sup>2</sup> según catastro- las siguientes:

Según el Plan general de ordenación urbana de Granada, la calificación de la parcela es residencial unifamiliar en manzana cerrada con dos alturas y la edificabilidad de 1,50 m<sup>2</sup> por metro cuadrado, y según el PEPRI Albaicín, el uso pormenorizado sería de vivienda unifamiliar intensiva y la edificabilidad según condiciones de ordenación de 110,76 m<sup>2</sup>. La edificación no está catalogada pero si incluida en entorno BIC.

Según el documento de innovación presentado, este trata de definir unas nuevas condiciones de ordenación que recoja el Torreón construido al amparo de la licencia concedida, justificando el cumplimiento de los criterios señalados por los artículos 3, 2 y 36 de la normativa y ordenanzas del Pepri Albaicín justificándose el ajuste del Torreón a las condiciones establecidas por el artículo III.42.3.e) para su implantación, así como a las determinaciones definidas por el artículo III.41.3 . d. Tres y concordantes para el tipo unifamiliar con jardín menor al que está adscrita la edificación. Según el plano de tipología- Estudio de parcelas del Pepri Albaicín la superficie construida, incluyendo la del Torreón es de 115,43 m<sup>2</sup> lo que supone una edificabilidad de 1,44 m<sup>2</sup> por metro cuadrado, inferior a la permitida, por el Plan General de Ordenación Urbana que prevalecería sobre la definida por el PEPRI conforme a la disposición transitoria primera. Por tanto, la edificabilidad de la parcela es de 110,16 m cuadrados con una altura de dos plantas, y el Plan general de ordenación urbana de Granada, le asigna una calificación de residencial unifamiliar, manzana cerrada, con edificabilidad de 1,50 m<sup>2</sup> por metro cuadrado y una altura de dos plantas, lo que permitiría en la superficie de 80 m<sup>2</sup>, un máximo de 120 m<sup>2</sup> de superficie construida que no se alcanzaría con la superficie materializada, que llega a ser de 115,43 m<sup>2</sup>, una vez incluida la superficie del Torreón de unos 11 m<sup>2</sup>.

En el expediente relativo a la innovación promovida, obra informe técnico, de 13 de mayo de 2020, informe jurídico de 15 de mayo de 2020, e informe del Secretario General del Ayuntamiento de Granada, de 18 de agosto de 2020, (páginas 50 58 del expediente). La Junta de gobierno local del ayuntamiento de Granada, el 4 de diciembre de 2020, acuerda la aprobación inicial del documento de innovación frente a la cual el recurrente presentó alegaciones el 18 de enero de 2021, emitiéndose informe desfavorable por el Delegado Territorial de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del territorio y ya el 29 de abril de 2021, una vez aprobada la innovación, se dicta por el teniente alcalde de economía y **urbanismo** un nuevo decreto de ejecución subsidiaria.

Por Auto nº 93/2024, de 14 de marzo, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los de Granada, recaído en los autos de la pieza de Ejecución de Título Judicial nº 1009.4/2015, se acordó estimar el incidente promovido por D<sup>a</sup> Visitacion , por concurrir causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia dictada por dicho Juzgado con fecha 6 de febrero de 2017, Auto que ha sido confirmado por la Sentencia dictada por esta misma Sección y Sala en rollo de apelación 846/24.

**SEGUNDO.-**Alega el recurrente:



\* Que el Acuerdo impugnado pretende burlar la Sentencia firme n.º 23/ 2017 del Juzgado de lo contencioso administrativo número dos de Granada de 6 de febrero de 2017, que declaró la ilegalidad de la licencia número NUM001 , para ampliación de la vivienda, situada en DIRECCION000 , que autorizaba la elevación de una tercera planta no permitida por el planeamiento para construir un Torreón, y la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2018, número 1903 dictada en el recurso de apelación número 503/2017, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra aquella.

\* Asumiendo el informe del Secretario General del Ayuntamiento de Granada, se cuestiona la legalidad de la Innovación del Pepri Albaicín en DIRECCION000 , porque lo que se propone con la innovación es la legalización del Torreón ya construido y de esa forma no se ejecuta la sentencia sobre la que nada se dice en la referida innovación, ni tampoco si efectúa pronunciamiento alguno sobre la imposibilidad del cumplimiento del fallo judicial.

\* La innovación aprobada es una clara reserva de dispensación, tal y como afirma el informe de la Delegación territorial de ordenación del territorio de la Junta de Andalucía y el informe de la Delegación territorial de cultura.

### **TERCERO.-Normativa de aplicación.**

Resulta de aplicación el Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Albaicín con aprobación definitiva de 28 de diciembre de 1990, concretamente de las Ordenanzas destacaremos el artículo III 2.3 in fine, artículo III.6. 2, III.6.4 y Artículo III.6.5.4.4º, Artículo III.6.5.4.5º, artículo III.26, III.35, III.41.3.d.3, y artículo III.42.3.e).

Artículo III.2 in fine:

El ayuntamiento podrá autorizar ajustes de menor entidad de las alineaciones interiores y altura de la edificación, no sujeta a protección o de la catalogada en las categorías que permitan los tipos de intervención 5,6 y siete definidos en el artículo III.35 de esta normativa para conseguir mejoras en la integración de la nueva edificación o en su funcionalidad, pero siempre que estas no afecten a más del 30 % de la ocupación prevista por el plan especial, se garantiza el cumplimiento objetivo de los criterios anunciados en este artículo (extremo que deberá ser objeto de análisis razonado en las propuestas) y no se supere ni la ocupación de parcela ni la altura máxima del área de intervención o de la unidad morfológica, y en todo caso de la zona de usos pormenorizados que establece el plan especial en el artículo 3.26.

En el caso de nueva edificación exenta con jardín o huerto no catalogado inventariado parcela diente de tamaño superior a los 500 m<sup>2</sup> el ajuste podrá afectar al 100 × 100 de la ocupación prevista.

*Y "cualquier otra modificación de las alineaciones interiores o alturas que pueda entenderse como sustancial, deberá tramitarse mediante el correspondiente estudio de detalle o como modificación, de plan especial, si incurre en las previsiones que contempla esta figura de planeamiento."*

El artículo III.6.2: "en la medición de la edificabilidad han de incluirse los cuerpos volados, o torreones cubiertos en su totalidad".

El artículo III.6.4: " cuando las restricciones y impuestas por el plan especial no permitan realizar el aprovechamiento otorgado por el PGOU a las correspondientes parcelas podrá exigirse la compensación antes de iniciarse la actuación"

El artículo III.6. 5:

"La diferencia entre el aprovechamiento otorgado por el plan general de ordenación urbana, y el que el plan especial permite ejecutar en la parcela, podrá ser objeto de transferencia de aprovechamiento urbanístico con las condiciones, objeto, procedimiento y efectos que se determinan en este artículo y subsidiariamente en el artículo N.º 6.3.4 del plan general."

Artículo III.6.5.4:

"Las condiciones de uso, de edificabilidad y de protección de tipologías de interés son la base para determinar el aprovechamiento urbanístico otorgado por el plan especial a las parcelas que no acogen elementos catalogados. A efectos de transferencias de ese aprovechamiento y de la posibilidad de concesiones que superen el límite normal además de lo dispuesto en la normativa concurrente, se estará a las siguientes reglas:

4º:

*"En aquellas parcelas para las que el aprovechamiento normal supere al previsto por el plan especial, la diferencia entre ambos aprovechamientos, podrá o bien ser objeto de transferencia de aprovechamiento urbanístico, o bien ubicarse en la parcela, previa comprobación del cumplimiento de la reglas que se establecen en el artículo III.2, exigiendo el Ayuntamiento cuando exista duda de este cumplimiento, y en todo caso, siempre que el aprovechamiento que se proponga ubicar supere el 15 % del previsto en el plan especial, que se contraste dicho*

*cumplimiento por medio de la implantación, en el lugar de una réplica del volumen propuesto realizada a escala real mediante un andamiaje que permita establecer con precisión las consecuencias de lo proyectado".*

Artículo III.6.5.4.5º:

*" el aprovechamiento que pueda ser autorizado, en virtud de lo previsto en el número anterior, deberá ubicarse preferentemente:*

*... mediante la incorporación de torreones, siempre que no suponga una reiteración del elemento en el área, donde se proponga que comprometan las condiciones que se establecen para tal es elementos en esta normativa, ni de ello se deriven perjuicios para terceros".*

Artículo III.26:

*"... la edificabilidad de cada parcela es la que establece el plan especial en función de las condiciones de ocupación y alturas detalladas en el plano de alineaciones"*

Artículo III.35:

*"tipos de intervención y compatibilidad con los niveles y grados de protección asignados: se distinguen los siguientes tipos de intervención:*

*...6. nueva planta con INTEGRACION.*

*... para el resto no afectado por ningún nivel de protección el tipo característico de obra permitida será la intervención genérica".*

Artículo III.41.3.d.3:

*"Nueva planta con integración*

*...d.3) vivienda unifamiliar con jardín menor:*

*.. La característica fundamental de este subtipo de al resto es la existencia de un pequeño espacio libre, que normalmente se sitúa en el acceso a la vivienda.*

Artículo 42 Intervención genérica.

Se entiende como tal la sustitución total de la edificación existente con mantenimiento de las secuencias de parcelación o las obras de nueva planta que por situarse en zonas altas con alto grado de renovación o de construcción reciente carecen en su entorno de referencia clara respecto de los tipos definidos en el artículo anterior...

3. Cubiertas. ...E) Torreones o miradores: se permitirá la construcción de mirador en cubierta, pudiendo estar en rasado en fachada, o no. Será accesible desde los espacios comunes de la edificación... La dimensión del torreón no será superior a la tercera parte del frente de fachada del que parta, pudiendo el Ayuntamiento autorizar mayores dimensiones, reducir la citada cuando pueda justificar su interés por razones de mejor composición de la edificación resultante.

También resulta de aplicación, lógicamente el Plan general de ordenación urbana de Granada del año 2000, así como anterior ley de ordenación urbanística de Andalucía 7/2002.

**CUARTO.-**Finalidad de la Innovación.

Plantea el recurrente en primer lugar, que la Innovación que se impugna pretende burlar el contenido y la ejecución de las Sentencias dictadas relativas a la ilegalidad de la licencia de la obra ejecutada en DIRECCION000 de Granada.

La finalidad de la Innovación es clara, y se pone de manifiesto en el expediente y parte dispositiva de la disposición, al señalar que con ella se trata de posibilitar, a efectos urbanísticos, las alineaciones interiores y el volumen del Torreón, ejecutado sobre la vivienda unifamiliar, en definitiva permitir la legalización del torreón cuya licencia ha sido anulada.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado y hemos señalado antes, ha recaído Sentencia en el rollo de apelación n º 846/24 seguido frente al Auto que declaraba la imposibilidad de ejecutar la Sentencia que declaraba la nulidad de la licencia otorgada para la construcción del torreón sito en DIRECCION000 de Granada.

En ella decimos:

*"Sobre si la innovación del PEPRI ha sido aprobada con la finalidad de que la sentencia no se ejecute.*



Fundamenta la parte apelante su motivo de impugnación en la STS de 29 de mayo de 2015 (recurso de casación nº 3301/2014 ), en la que se señala que:

"La inexecución regulada en el art. 105 LJCA es una situación extraordinaria y excepcional frente al principio general de la ejecución en sus propios términos, carácter excepcional que justifica su aplicación restrictiva en todo caso. Por ello, al abordar el contenido del término imposibilidad, hemos afirmado en Auto de 16 julio 1991, que "debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo."

Dentro de la regulación de la imposibilidad legal de ejecución de sentencias, podemos encontrar dos supuestos diferentes, por una parte la imposibilidad legal "estricto sensu", esto es, cuando una norma con rango de ley modifica la situación jurídica en la que se produjo el fallo que se trata de ejecutar y la inexecución por imposibilidad administrativa o reglamentaria, que se produce, con carácter general y mucho más habitual, en los supuestos de modificación o revisión sobrevenida de las normas de planeamiento urbanístico.

Como se acaba de señalar, el supuesto más habitual, es el de la alegación de imposibilidad legal por cambio o modificación del planeamiento urbanístico. En este sentido la STS de 10 de diciembre de 2003 razona que: esa modificación no será causa de inexecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute ( sentencia de 5 de abril de 2001 y 10 de diciembre de 2003 ). Por tanto, las modificaciones del planeamiento destinadas a imposibilitar la ejecución de una sentencia no pueden prevalecer frente a ésta ( STS de 24 de febrero de 2003 ). De manera que ha de demostrarse que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico ( STS 10 de diciembre de 2003 ).

También hemos establecido, expresa o implícitamente, la inversión de la carga de la prueba, trasladando a la Administración el deber de probar que tales nuevos actos o disposiciones no persiguen como finalidad propia lograr la inexecución de la sentencia."

Pero en esa misma sentencia el Alto Tribunal, recordando la doctrina que recoge la sentencia de 21 de junio de 2005 , dice que "el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción , en sus apartados 4 y 5, permite que en el procedimiento de ejecución, resolviendo un mero incidente en él planteado, se declare la nulidad de actos o disposiciones administrativas distintas, claro es, de las que ya fueron enjuiciadas en la sentencia en ejecución. Pero para ello exige, no sólo que el acto o disposición sea contrario a los pronunciamientos de dicha sentencia, sino, además, que se haya dictado con la finalidad de eludir su cumplimiento. El precepto contempla, pues, un singular supuesto de desviación de poder, en el que el fin perseguido por el acto o disposición no es aquél para el que se otorgó la potestad de dictarlo, sino el de eludir el cumplimiento de la sentencia".

A lo que añade que:

"Del nuevo texto legal pueden deducirse dos supuestos diferentes de ejecución fraudulenta, el primero (103.4 y 5), con una connotación estrictamente jurídica, y, el segundo (108.2), que pudiera tener como fundamento una actuación de tipo material:

1º. Para evitar, justamente, este tipo de actuaciones, el artículo 103 en sus números 4 y 5, contempla la situación, dibujada por el legislador, de los supuestos "de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento"; para estos supuestos, esto es, cuando se está en presencia de una actuación jurídica de la Administración --concretada en la emisión de posteriores actos administrativos o en la aprobación de nuevas disposiciones-- con la finalidad de eludir los expresados pronunciamientos, el legislador pronuncia y establece como sanción para tales actuaciones la nulidad de pleno derecho de tales actos y disposiciones, regulando a continuación, si bien por vía de remisión, el procedimiento a seguir para la declaración de la nulidad de pleno derecho antes mencionada. En el ámbito urbanístico, estaríamos, pues, en presencia del posterior planeamiento aprobado o de la posterior licencia dictada "con la finalidad de eludir" la nulidad judicialmente decretada del anterior planeamiento o de la previa licencia. Conviene, pues, destacar que el objeto de este incidente cuenta con un importante componente subjetivo, pues lo que en el mismo debe demostrarse es, justamente, la mencionada finalidad de inexecutar la sentencia con el nuevo y posterior acto o disposición, o, dicho de otro modo, la concurrencia de la desviación de poder en la nueva actuación administrativa, en relación con el pronunciamiento de la sentencia."

En ese mismo sentido, la STS de 29 de abril de 2009 (recurso de casación 3256/2007 ), ha señalado que "una modificación del planeamiento puede o no originar la imposibilidad legal según si la finalidad de la misma se concreta en eludir la ejecución de la sentencia. De modo que solo origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, integrando una causa de inexecución, si dicha nueva ordenación ha sido realizada con la intención de evitar que la sentencia se cumpla.", y que "En este sentido esta Sala ha declarado --sentencia de 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación nº 3655/1996 recordada en la de fecha 10 de diciembre de 2003 (recurso



de casación número 2550/2001), y ambas citadas en la sentencia de 4 de mayo de 2004 recaída en el recurso de casación nº 1949/2002 – que el anterior criterio justifica la "diversidad de decisiones que este Tribunal Supremo ha adoptado, y que van desde la afirmación de que la modificación del planeamiento es causa de inejecución de las sentencias (autos de 3 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994 y sentencia de 12 de septiembre de 1995 ) hasta la conclusión de que la modificación del planeamiento no es causa de inejecución (autos de 5 de abril de 1988 y de 16 de julio de 1991 y sentencia de 23 de julio de 1998 ). Esta última dice que «no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo, aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración» [...]" ; concluyendo que "En definitiva, no concurre una causa de inejecución de la sentencia por la mera aprobación de un nuevo instrumento de planeamiento que pretende eludir lo acordado en la sentencia, evitando la ejecución en sus propios términos, cuando, además, dicho plan ha sido anulado posteriormente por la propia Sala de instancia."

Naturalmente, el pronunciamiento sobre si concurre ese componente subjetivo a que la jurisprudencia se refiere, la finalidad de la Administración de inejecutar la sentencia, exige un análisis de las circunstancias concurrentes, es decir, no cabe efectuar un pronunciamiento genérico sobre la cuestión que analizamos sino que su respuesta ha de darse caso por caso a la vista del caso concreto.

Es conveniente aclarar que en esta misma Sala y Sección se está tramitando el Procedimiento Ordinario 483/2022, cuyo objeto es la aprobación definitiva de la innovación del PEPRI Albaicín en DIRECCION000 , que aquí examinamos desde la perspectiva de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia, hemos de significar que el objeto de nuestro enjuiciamiento quedará limitado a si, de acuerdo con el art. 103.4 de la Ley Jurisdiccional , dicha innovación, que es contraria al pronunciamiento de la sentencia, ha sido dictada "con la finalidad de eludir su cumplimiento". Y, ya desde esa perspectiva, ha de señalarse que en el presente caso, y tal como se pone de manifiesto tanto en el informe de 21 de febrero de 2024, emitido por la Jefa de Servicio de Planeamiento Protegido, "la innovación define unas nuevas condiciones de ordenación a las que se ajusta el torreón construido al amparo de la licencia concedida y posteriormente anulada (...). Se justifica en la innovación el cumplimiento de la Normativa y Ordenanzas del PEPRI en cuanto a los criterios señalados por los arts. III.2 y III.6 y el ajuste a los arts. III.42.3.e y III.41.3.d.3 relativos a las intervenciones permitidas y a la tipología, así como al art. III.3.3.8 en cuanto a la tramitación, y, todo ello, siguiendo lo indicado en el Fundamento de Derecho Tercero Sentencia nº 1903 del TSJA". Y en la Memoria descriptiva de la innovación del PEPRI concernido se justifica, en concordancia con nuestra sentencia de 26 de octubre de 2018 , que la edificabilidad de la parcela según el PGOU de Granada es de 1,50 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, y puesto que su superficie es de 80 m<sup>2</sup> en ella cabría materializar un máximo de 120 m<sup>2</sup> de superficie construida (aprovechamiento normal), mientras que el PEPRI Albaicín fija dicha edificabilidad en 110,16 m<sup>2</sup>, concretándose la reforma propuesta en su día por el proyecto que obtuvo la licencia de obras anulada contemplaba, tal como se describe en sus planos, en un total de 115,43 m<sup>2</sup> una vez incluida la superficie del torreón; no alcanzándose por tanto la superficie de 120 m<sup>2</sup> contemplada por el PGOU. Y, según el art. III.6 "edificabilidad y transferencia de aprovechamiento", para estos supuestos en que el aprovechamiento normal supere al establecido por el PEPRI, dispone que, al no tratarse de una edificación catalogada, dicha edificabilidad debe materializarse preferentemente en el torreón (puntos 4º y 5º del subapartado 5.4 del referido art. III.6). si bien, como dijo la Sala en la sentencia de referencia, los ajustes que proponía el proyecto de obras de la licencia anulada "No son de menor entidad, ni se persigue o justifica mejorar la integración de la edificación y en especial se incumple la altura de la zona de usos pormenorizados", y que "Con respecto a la altura permitida de la edificación es de dos plantas según el PEPRI y el PGOU, y la altura máxima permitida en la zona conforme al artículo 3,26 PEPRI es también de dos plantas y cualquier modificación debe tramitarse como Plan especial / art. III.3.3.8)", concluyendo que "En definitiva el apelante no justifica el cumplimiento -aunque lo alega- de lo dispuesto en el artículo III.2 y III.6 del PEPRI".

En definitiva, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso examinado, y en especial de lo dispuesto en el art. III.6.5.4, cuyo apartado 4º dispone que "En aquellas parcelas en las que el aprovechamiento normal supere el previsto por el Plan Especial, la diferencia entre ambos aprovechamientos podrá, o bien ser objeto de transferencia de aprovechamiento urbanístico, o ubicarse en la parcela, previa comprobación del cumplimiento de las reglas que se establecen en el art. III.2", y en su apartado 5º que "El aprovechamiento que pueda ser autorizado en virtud de lo previsto en el número anterior deberá ubicarse preferentemente: - mediante la incorporación de torreones (...)", entendemos que ha de descartarse que la finalidad de la innovación que aquí examinamos haya sido la de eludir el cumplimiento de la sentencia".



Reproducimos ahora nuestra argumentación, para dar respuesta al primero de los motivos de apelación, de tal manera que aunque una vez recaída Sentencia, la actuación municipal provoca la imposibilidad de ejecutarla, no es posible deducir una exclusiva intencionalidad no permitida por el ordenamiento jurídico y contraria al artículo 103.2 LJCA y 108 LOPJ, pues no es esa conclusión a la que nos lleva un detenido examen de las circunstancias, normativa urbanística de aplicación y el propio tenor de la Sentencia nº 1903/18.

La actuación ilegal consistente en la construcción de un Torreón en DIRECCION000 , podría tener cobertura en el plan especial del Albaicín, según el tenor literal del artículo 3.6.5.4 regla cuarta de tal manera que la construcción del mismo era una de las formas de materializar las diferencias de aprovechamiento del plan especial y el previsto en el plan general de ordenación urbana, y dicha materialización en este caso no produce una alteración de las alineaciones y altura de "menor entidad", por lo que era precisa la previa modificación del plan especial que permitiera dicha obra de construcción de Torreón, conforme a lo previsto en el artículo III.2 antes reproducido. Por tanto, haber procedido a la innovación del plan especial, no excede del tenor de la propia sentencia que se trataba de ejecutar ni contraviene su tenor y se trata de acudir a una de las posibilidades que permitía el propio plan especial para materializar las diferencias de aprovechamiento.

#### **QUINTO.-Reserva de dispensación.**

La cuestión se traslada en el siguiente motivo de impugnación, a resolver si el hecho de que la innovación pretendida del planeamiento especial, se concrete exclusivamente al ámbito o terreno propiedad de la promotora constituye una reserva de dispensación al circunscribirse exclusivamente a dicho ámbito espacial y al no extenderse específicamente a otras parcelas cuyas condiciones sean idénticas.

El artículo III.2.3, in fine decía que *"cualquier modificación de las alineaciones interiores o alturas que pueda entenderse como sustancial, deberá tramitarse mediante el correspondiente estudio de detalle o como modificación, de plan especial, si incurre en las previsiones que contempla esta figura de planeamiento."*

No hay duda sobre que la innovación persigue legalizar la obra del torreón como materialización de las diferencias de aprovechamiento normal y el del Plan Especial, al objeto de facilitar la aplicación de la norma del Plan Especial, del artículo III. 6.5 que trata de solventar las diferencias del *aprovechamiento normal con respecto al previsto por el plan especial, señalando que dicho exceso puede ser autorizado ubicándolo en torreones preferentemente, y ello previa comprobación cumplimiento de la reglas que se establecen en el artículo III.2, "exigiendo el Ayuntamiento cuando exista duda de este cumplimiento, y en todo caso, siempre que el aprovechamiento que se proponga ubicar supere el 15 % del previsto en el plan especial, que se contraste dicho cumplimiento por medio de la implantación, en el lugar de una réplica del volumen propuesto realizada a escala real mediante un andamiaje que permita establecer con precisión las consecuencias de lo proyectado"*.

Aunque ciertamente nos encontramos frente a una solución al caso concreto y sin vocación de generalidad, no se trata de una excepción a la norma general prohibida por el artículo 34.1 c) LOUA, sino de acoger una de las posibilidades que el propio PEPRI permite tal como expresó la Sentencia de esta Sala número 1903 de 26 de octubre de 2018, y precisamente la comprobación que ha de hacerse de forma individualizada sobre el cumplimiento de los límites de ocupación y el examen de las consecuencias de lo proyectado, no aconseja una innovación que permita generalizar la legalización de los torreones, sino por el contrario, es el análisis individual del expediente el que podrá determinar la consecuente aprobación de la modificación, previa comprobación no solo de lo que dispone el artículo III.2.3, y sobre el cálculo del porcentaje de aprovechamiento, sino también el impacto de lo proyectado en el sentido que previene el Artículo III.6.5.4.5º, o sea que no suponga una reiteración del elemento en el área, donde se proponga que comprometan las condiciones que se establecen para tal es elementos en esta normativa, ni de ello se deriven perjuicios para terceros.

Por ello no es posible deducir como hace el recurrente, que nos encontramos frente a una reserva de dispensación, sino frente a un mecanismo previsto en el planeamiento especial para materializar diferencias de aprovechamiento cuando sus efectos sobre las condiciones urbanísticas no puedan calificarse de ajustes de menor entidad.

No ha sido objeto de controversia el cumplimiento del artículo III.2, esto es si la ocupación en planta supera o no el 30 % previsto por el PEPRI para las plantas inferiores con respecto al Torreón, tampoco las alineaciones interiores, ni si el torreón mejora la funcionalidad de la edificación, ni tampoco la integración en el paisaje urbano circundante de la edificación.

Procede por todo lo anterior, la desestimación del recurso.

**SEXTO.-**A tenor del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y existiendo dudas de hecho y de derecho , no ha lugar a la expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente



## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Edemiro contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Granada, de fecha 24 de septiembre de 2021, de aprobación definitiva de la innovación puntual de PEPRI Albaicín para la finca situada en DIRECCION000 de Granada, publicado en el boletín oficial de la provincia de Granada número 24, de fecha 4 de febrero de 2022.

Sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024048322, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Diligencia.**-Entregada, documentada, firmada y publicada la **anterior** resolución, que ha sido registrada en el Libro de Sentencias, se expide testimonio para su unión a los autos . Doy fe.