

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LEGALIZACIÓN DE OBRAS. IMPLANTAR USO BAR EN SOLAR.

Denegación improcedente. Silencio positivo inexistencia.

Necesidad de existencia de edificio con uso dominante para autorizar uso complementario y compatible.

Carencia de motivación en la resolución. Existencia falta de mayor motivación.

Consecuencia, estimación parcial recurso y retroacción de actuaciones.

Fallo: Estimación parcial. Favorable en parte al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José-Javier Oliván del Cacho

En Zaragoza, a 2 de junio de 2014.

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José-Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Zaragoza, habiendo visto el PO 165/2013, en el que ha sido actora A.,S.A., representada por D. A.B.C., Procurador, con asistencia de D. R.F.B. y como demandado el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, representado por Doña S.S.S., Procuradora, con asistencia de la Letrada Consistorial, siendo objeto del recurso el acuerdo del Consejo de Gerencia de 20 de junio de 2013, por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución por la que se denegó la solicitud de legalización de obras para implantar un uso terciario-recreativo (bar) en el solar sito en C/ Estébanes, 16, al que se denomina por la actora "E.P.P."

HECHOS

PRIMERO.- El día 29 de julio de 2013 tuvo entrada recurso contencioso-administrativo contra la actuación precitada.

SEGUNDO.- El día 21 de enero de 2014, se presentó escrito de demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia, por la que se acordara:

"1.-Anular y dejar sin efecto el acto administrativo impugnado, esto es, la resolución de fecha 20 de junio de 2013 de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, mediante la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado por contra la resolución del Consejo de Gerencia de fecha 18 de abril de 2013.

2.- En consecuencia, sea aceptado lo solicitado en dicho Recurso con concesión a Aramersa, de la correspondiente licencia, como mínimo de carácter provisional, que permitiría las obras e instalaciones y la materialización de la actividad de terraza en E.P.P."

TERCERO.- El día 25 de febrero de 2014, se presentó escrito de oposición a la Demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia desestimatoria y confirmatoria de los acuerdos impugnados.

CUARTO.- Practicada la prueba admitida por este Juzgado, y presentados los escritos de conclusiones, los autos quedaron conclusos para Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la confirmación de la desestimación de la legalización de unas obras e instalaciones realizadas en un solar del casco antiguo, de esta ciudad, denominado en la Demanda "E.P.P."

SEGUNDO.- De los expedientes administrativos cabe derivar los siguientes

elementos fácticos:

Expediente 702.551/2011

1.- A los folios 1 a 2 figura comprobación de la Policía Local de 7 de junio de 2011 sobre realización de obras que se describían del siguiente modo: *"limpieza del solar y retirada de grava del mismo, colocación de diversas plantas alrededor del solar, construcción de dos rampas para acceso de minusválidos, construcción de varias tapias tras el escenario para separar la zona de espectáculos de las privadas del establecimiento, en las cuales se encuentra un aseo, un grupo electrógeno y un almacén (encontrándose estos dos últimos al aire libre).*

Que además de todo ello, tras una de las tapias recién construidas, se encontraba además un refuerzo estructural metálico, al parecer de sujeción de la fachada del inmueble que, debido a la antigüedad de los inmuebles de la zona, había sido requerido su montaje junto al arreglo de las grietas en el inmueble por parte del Ayuntamiento de Zaragoza mediante una orden de ejecución del año 2009, de todo lo cual la Sra. S. no presentó a los Agentes documentación alguna.

Que existen también unas obras ya realizadas durante el año 2009, de las cuales la Sra. S. presentó vía fax la documentación que se adjunta, y en las que se había limpiado y nivelado el solar; así como se realizó la construcción de un escenario con base de cemento y una mediana también de cemento que rodea todo el solar en su parte interior.

Que la Sra. S. manifestó estar actualmente realizando las obras indicadas con motivo de una solicitud para 68 veladores que habían llevado a cabo para dicho solar el pasado 30 de junio del año 2010, con número de expediente 1593170-2010, a cargo del "Café Cantante E.P."."

2.-Previa propuesta, el Coordinador General del Área de Urbanismo, mediante resolución de 22 de septiembre de 2011, requirió a la actora que presentase solicitud de licencia de obras (folio 27), del siguiente modo:

"Requerir a A.S.A., para que en plazo de dos meses partir de la recepción de esta resolución solicite licencia para obras en solar en Estébanes, 16-18 (E.P.P.), toda vez que resulta acreditada la realización de dichos actos de edificación o uso del suelo careciendo de la preceptiva licencia u orden de ejecución o, en su caso, excediéndose de lo autorizado en aquéllas".

3.-Asimismo, fue incoado, expediente sancionador, que culminó con la resolución del Coordinador General, de fecha 7 de diciembre de 2011, de imposición de multa de 600 euros (folio 33).

4.- Con fecha 9 de diciembre de 2011, se presentó solicitud de licencia urbanística para legalización de obras en solar situado en Calle Estébanes, 18 (folio 34).

Expediente 1251885/2011

1.- Con fecha 9 de diciembre de 2011, se presentó solicitud de legalización de obras (folios 1 y siguientes).

2.- Mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2011 (folio 17 y siguientes), se requirió la subsanación de determinada documentación y, en concreto, la siguiente:

"Deberá comprender todas las edificaciones reseñadas en la denuncia del Servicio de Inspección, habida cuenta que ninguna contaba con licencia municipal y no aparecen reflejadas en el proyecto de legalización presentado.

Asimismo, deberá aportar la documentación que se detalla en la Hoja de Chequeo, de fecha 19-12-11. Se adjunta copia de la Hoja de Chequeo y del informe del Servicio de Inspección".

3.- Mediante escrito de fecha 7 de junio de 2012, se requirió nueva subsanación (folio 21).

4.- En virtud de escrito de 29 de junio de 2012, se solicitó ampliación del plazo para aportar la documentación requerida en el presente expediente; folio 22.

5.- Con fecha 10 de julio de 2012, folio 23, realizó comparecencia en orden a entregar estudio de gestión de residuos y fianza, señalando que el resto de la documentación estaba elaborando y que se aportaría con la máxima brevedad posible.

En concreto, en la Memoria se establecía la siguiente definición de la obra ejecutada:

*“Las obras objeto del presente expediente de legalización consistieron en:
Limpieza del solar; retirada de grava y ejecución de dos rampas para acceso de minusválidos. Construcción de varias tapias con tres puertas de chapas sobre solera preexistente. Instalación de cabina prefabricada de aseo.*

Refuerzo estructural metálico de sujeción del medianil del inmueble contiguo (C/ Cinegio 3).

Pequeña construcción de estructura metálica adosada al muro de cerramiento de Calle Cinegio.

Pabellón metálico prefabricado”.

6.- Mediante escrito de 5 de octubre de 2012 se requirió la aportación de la autoliquidación de tasas (folio 33), constando a los folios 34 y 35 el documento referente a la autoliquidación.

7.- A los folios 36 a 45 figuran planos y fotografías.

8.- A los folios 46 y siguientes obra Sentencia 65/2012, de 29 de febrero, PA 245/2011, del Juzgado nº 5 de Zaragoza.

9.- Al folio 53 obra escrito de 19 de noviembre de 2012, del Servicio de Licencia, en el que se pusieron de manifiesto varios incumplimientos de la normativa aplicable, a saber:

“A la vista del proyecto presentado por el COAA de fecha 9/12/2011 y anexo visado por el COAA de fecha 20/06/2012 y la sentencia 65/12 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de fecha 29/02/2012 y las obras proyectadas radican en suelo urbano consolidado B1, Grado 1 y, por tanto, tales edificaciones no se ajustan al artículo 4.3.9.1 de las Normas Urbanísticas del Texto Refundido del PGOU de 2008.

Por otra parte, las obras proyectadas y ejecutadas son incompatibles con el derecho y deber de edificar previsto en el artículo 27.1 de la Ley 3/09, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón y 2.1.2 de las Normas Urbanísticas del Texto Refundido del PGOU de 2008.

A mayor abundamiento, el uso terciario-recreativo con sus edificaciones no se ajusta al artículo 4.3.10.2.F ya que el uso terciario-recreativo se permite en la situación b) del artículo 2.6.5 de las normas de dicho Texto Refundido lo que requiere la previa existencia de un edificio.

Y el uso pretendido conculca el artículo 6, apartado c), del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo”.

10.- Con fecha 21 de diciembre de 2012, se presentó escrito de alegaciones (folios 53 y siguientes), en el que, subsidiariamente, se defendía la calificación de la actividad, de las instalaciones y obras como provisionales y autorizables.

11.- Con fecha 27 de marzo de 2013, folios 74 y siguientes, la actora presentó escrito de alegaciones, en el que se decía que "esta parte debe entender concedida la autorización/licencia, como mínimo, de carácter provisional para las obras e instalaciones y el desarrollo de la actividad realizada en E.P.P., ya que dicho otorgamiento se había producido por silencio administrativo”.

12.- Previa propuesta, el Consejo de Gerencia Municipal, en fecha 18 de abril de 2013, folios 83 y siguientes, denegó la solicitud de licencia de legalización de obras para implantar un uso terciario recreativo (terraza) en el solar sito en la C/ Estébanes, nº 18, así como desestimó los escritos de alegaciones presentados por la sociedad mercantil recurrente. Entre los fundamentos de esta resolución, se encuentra el siguiente:

CUARTO.- La parte alegante aduce el art 27.4 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragon, para pretender obtener la licencia con caracter provisional si bien la obtención de la licencia con tal caracter lo que permite es que la parte peticionaria no tenga interés alguno en completar la urbanización que proceda, efectuar las cesiones que pudieran corresponder por nuevas alineaciones y ejercer el derecho y deber de edificar sancionado en el art. 27.1 de la precitada.

En todo caso, el artículo 27.4 de la Ley exige que concurran circunstancias excepcionales que no parecen darse en el presente caso, ya que en última instancia lo que se pretende es obtener un rédito de un solar y no cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 35.2 de la Ley para tal solar.

Es precisamente el otorgamiento de la licencia con tal carácter lo que

imposibilita la ejecución del planeamiento ya que la parte peticionaria al obtener un beneficio económico de dicho solar no va a tener interés alguno en su desarrollo urbanístico y en el cumplimiento de sus obligaciones legales”.

Expediente 25.760/2013.- Este expediente está formado por la aportación del proyecto de ejecución de 9 viviendas, garajes, trasteros y locales comerciales, así como por los trámites ulteriores (requerimiento de documentación, aportación, informes técnicos, acuerdo de la Comisión Provincial de Patrimonio Cultural de 23 de mayo de 2013 y propuesta de concesión de licencia). Obra asimismo proyecto de ejecución.

Expediente 0501391/2013

1.- Con fecha 27 de mayo de 2013, se presentó recurso de reposición contra la resolución de 18 de abril de 2013, en el que ya se alegaron los motivos de impugnación que luego han sido desarrollados en este proceso (folios 1 a 35).

2.- Previa propuesta, con fecha 20 de junio de 2013, se desestimó el recurso de reposición con base en lo que sigue:

“Primero.- En la alegación nº 1 de su recurso aduce que el Ayuntamiento tiene paralizado el proyecto para la construcción de 9 viviendas, lo que resulta incierto ya que el Ayuntamiento en fecha 13/03/2013 ha informado, favorablemente el proyecto básico y de ejecución visado por el COOAA de fecha 21/12/2012 en el expediente 25.760/2013 por Informe de la Unidad Técnica de Proyectos de Edificación.

Dicho permiso está pendiente de la oportuna autorización cultural a cuyo efecto remitió el expediente a la Comisión Provincial de Patrimonio Cultural en tal fecha, de lo que se deduce la máxima celeridad y eficacia en la tramitación del mismo.

El artículo 36 de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, dispone que no podrá otorgarse licencia para la realización de obras en los bienes de interés cultural o su entorno, siendo nulas de pleno derecho las licencias otorgadas contraviniendo lo anterior, por lo que resulta evidente porqué no se ha dictado resolución expresa sin necesidad de más argumentaciones.

TERCERO.- En dicha alegación se aduce que la Sentencia de fecha 29/02/2012, para el otorgamiento del presente permiso pero en su fallo, sólo reconoce el derecho de la recurrente a concesión de la licencia para la instalación de 52 veladores y, por tanto, dicha sentencia no reconoce derecho alguno para la ejecución de obra ya que conviene recordar que un velador consiste en la colocación de una mesa y sillas.

CUARTO.- En el punto segundo de su escrito se alega que la licencia se entiende otorgada por silencio positivo basándose en los arts. 42 y 43 de la LRJ y PAC. A este respecto, hay que recordar que la solicitud de legalización de obras, lo que en puridad supone que ya se habían ejecutado, se presentó el 9/12/2011, estando en vigor el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, en cuyo art. 23 se establece la regla de silencio negativo para las solicitudes de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.

Resulta sorprendente el énfasis en el tema del silencio cuando a la fecha de presentación las obras e instalaciones ya estaban ejecutadas por lo que la parte recurrente le pareció ya en su momento poco relevante el parecer municipal.

A mayor abundamiento debe reiterarse el punto tercero de la resolución recurrida ya que el artículo 243.2 de la Ley 3/09, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, establece que no pueden entenderse adquiridos por silencio licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico y lo proyectado conculca el artículo 27.1 de dicha Ley 4.3.9.1 y 4.3.10.2.F del Plan General.

QUINTO.- En relación a la alegación tercera sobre la admisibilidad del uso que fue contestada de forma motivada en el punto segundo de la resolución de fecha, 18/04/2013, ya que el uso terciario recreativo en la calle Estébanes nº 18 no se ajusta al artículo 4.3.10.2 f) ni por tanto al artículo 6 del Real Decreto Legislativo 2/2008.

La aplicación de la normativa de usos en la Zona B requiere para este tipo de usos un edificio, ya que el uso sólo resulta admisible en la situación b) del artículo 2.6.5, es decir, con acceso independiente del zaguán de las viviendas y, por tanto, la vinculación de el P.P. puede operar desde un punto de vista meramente mercantil pero no tiene trascendencia urbanística.

Por otra parte, estando la parte recurrente interesada en el cumplimiento del derecho y deber de edificar, previsto en el artículo 27.1 de la Ley precitada a la vista de las actuaciones seguidas en el expediente 25.760/2013 se hace más evidente la inviabilidad de la legalización pretendida que se opone al cumplimiento de tal deber y al de los parámetros urbanísticos previstos en el artículo 4.3.9.1 de las normas urbanísticas del Texto Refundido del PGOU de 2008”.

TERCERO.- En la demanda, tras centrar el objeto de impugnación, el Sr. Letrado de la mercantil hace referencia al expediente por el que se concedió en el solar de autos licencia para la construcción de nueve viviendas, locales, estacionamientos y trasteros en fecha 15 de febrero de 2011, así como al expediente en el que se tramitó el proyecto de ejecución que se presentó ulteriormente, que ha finalizado con el acuerdo de 31 de octubre de 2013, por el que se concedió la licencia urbanística (documento nº 2 de la Demanda).

Precisamente, como consecuencia de la dilatada (a su juicio) tramitación de los referidos expedientes, se consideró oportuno instalar de forma provisional y temporal una terraza en el solar, para lo cual se solicitó una licencia de veladores, cuya desestimación presunta fue anulada por el Juzgado nº 5 de esta clase y sede, de 29 de febrero de 2012. En concreto, en la Sentencia, que se aporta como documento nº 5, se contuvo el siguiente fallo:

“Primero.- Declarar no conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida, que se anula.

Segundo.- Reconocer como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente a la concesión de la licencia de instalación de 52 veladores en el local denominado E.P.P. para la temporada del 1 de marzo al 31 de octubre de 2011 por silencio administrativo positivo”.

En función de la anterior Sentencia, se expresa que la situación jurídica subjetiva reconocida en Sentencia debió ser tenida en cuenta a los efectos de legalizar las obras e instalaciones para implantar dicha actividad.

Sin embargo, la Administración dictó un requerimiento del que se desprendía que las obras realizadas no eran legalizables, no obstante lo cual, en las alegaciones de la mercantil, se argumentó a favor de dicha legalización acompañándose un informe técnico de Arquitecto.

Transcurridos tres meses, se entendió concedida la legalización por silencio administrativo y se presentó una solicitud de certificación del acto presunto. No obstante lo anterior, se acordó denegar la legalización mediante acuerdo, que fue recurrido en reposición.

Entrando en los fundamentos jurídicos se alega, en primer lugar, la concesión de la licencia por silencio administrativo positivo, en aplicación del art. 243 de la Ley Urbanística de Aragón (en la versión que se considera aplicable) y de los arts. 42 y 43 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este punto, se rebate la invocación que efectúa la Administración al Real Decreto-Ley 8/2011, en cuanto, según se argumenta, que “las obras, las instalaciones y la actividad de E.P.P. no se corresponden con ninguno de los actos de transformación, construcción, edificación y usos del suelo y del subsuelo descritos, es decir, mi representada no ha llevado a cabo en el solar ningún movimiento de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones, u actos de división de fincas, tampoco ha realizado obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones en una nueva planta y, tampoco, ha talado masa arbórea o vegetación arbustiva que puedan afectar al paisaje”.

En segundo término, se afirma que la actividad, las instalaciones y las obras de E.P.P. debían calificarse, en todo caso, de provisionales y autorizables de acuerdo con la normativa aplicable. Para justificar la procedencia de la concesión, al menos, de una licencia provisional se hace hincapié en la tardanza en la concesión de la

licencia urbanística:

“Prueba de la dilatada tramitación y aprobación del citado proyecto de ejecución es que, tal y como hemos hecho referencia en los Hechos de la presente demanda, no ha sido hasta el pasado 19 de septiembre de 2013 (notificada a esta parte el 15 de octubre de 2013) que la Comisión Provincial de Patrimonio Cultural de Zaragoza ha acordado autorizar el proyecto de ejecución presentado y hasta el 31 de octubre de 2013 (notificado a esta parte el 6 de noviembre de 2013) que el Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza le ha concedido la licencia urbanística para la construcción de las nueve viviendas, nueve estacionamientos, trasteros, locales en el solar; de lo que desprende que, durante todo ese tiempo de larga tramitación y aprobación, mi representada no ha podido dar un uso productivo (como es el de actividad de terraza) a un solar de su propiedad, lo que vulnera el mencionado principio de proporcionalidad”.

En este orden de cosas, se entiende que era posible la concesión de una licencia provisional, en función de las siguientes circunstancias: a) porque las licencias provisionales están permitidas por el Ordenamiento jurídico; b) porque la licencia se solicitó por un retraso en la ejecución del planeamiento por causas no imputables a la actora, que ha cumplido los requerimientos formulados por la Administración; y c) porque no se infringe el interés público.

El tercer eje argumentativo de la Demanda tiene que ver con la falta de motivación y con la existencia de arbitrariedad, en cuanto no se habría dado ninguna justificación en orden a denegar la concesión de una licencia provisional.

Finalmente, se discrepa de que las obras, cuya legalización se instó en su día, no sean compatibles con el planeamiento, debido a que la actividad del P.P. (esto es, un uso recreativo) es compatible con el principal.

En la contestación a la Demanda, se ofrece una digresión sobre el régimen del silencio administrativo respecto a las solicitudes de licencia urbanísticas en nuestra Comunidad Autónoma con cita de los arts. 243 de la Ley Urbanística de Aragón; 140 del Decreto aragonés 347/2002, de 19 de noviembre, de aprobación del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras; y la Disposición Adicional segunda del Decreto-Ley 1/2011, de 27 de abril; todo ello, para concluir en que se mantiene el silencio negativo en este ámbito.

Respecto a la posible concesión de una autorización provisional, se precisa que se presentó una solicitud de legalización genérica, sin que se contemplara la posibilidad de concesión de una licencia provisional. Por añadidura, se describen las vicisitudes de los expedientes de concesión de licencia para formular una serie de dudas sobre el verdadero interés de la parte demandante en obtener rápidamente la licencia urbanística para edificar en el solar.

En cuanto a la falta de motivación y concurrencia de arbitrariedad, se señala que tal motivación existe y que la resolución es coherente con las normas de planeamiento urbanístico invocadas, por la Corporación y, en concreto, por lo dispuesto en el art. 4.3.10 de las Normas Urbanísticas del T.T.R.R. del P.G.O.U., que, en todo caso, exigiría la existencia de un edificio para legalizar las obras en cuestión.

CUARTO.- La primera cuestión que debe ser resuelta por este Juzgado tiene que ver con la existencia, o no, de silencio administrativo positivo, para lo cual, debe partirse, en efecto, de la normativa reseñada en vía administrativa y en sede judicial por la Administración.

En efecto, de entrada, debe decirse que la invocación al art. 23 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, que se efectúa en la resolución impugnada resulta correcta, al entender de este Juzgado, debido a que, a la vista de las obras e instalaciones detectadas por la Administración y de la propia Memoria, nos encontraríamos ante supuestos para los que se prevé el régimen del silencio administrativo negativo (así, movimientos de tierras, explanaciones o instalaciones).

Pero es que, además, cabe invocar, como se ha hecho en la contestación a la Demanda, el Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuya disposición adicional segunda reza así:

“En el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma, y a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y del Procedimiento *Administrativo Común*, se entiende que concurren razones imperiosas de interés general en todos los procedimientos en los que, en virtud de norma con rango de ley o de Derecho comunitario anterior a la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa en el plazo previsto”.

Con ello, cabe concluir en el mantenimiento de la vigencia y aplicabilidad del art. 243 de la Ley 3/2009 de Urbanismo de Aragón, en cuanto impide la existencia de silencio positivo cuando ello supusiera la adquisición de facultades urbanísticas de manera contraria a la Ley y al planeamiento urbanístico.

De ahí que, en función de lo expuesto, deba primer argumento desarrollado por el Sr. Letrado de la mercantil.

QUINTO.- En segundo término, tampoco este Juzgado comparte la interpretación de la normativa urbanística aplicable, recogida en la Demanda, en cuanto que la misma exige, para autorizar un uso terciario, la existencia de un edificio que cumpla unas determinadas características. Así, se desprende del art. 4.3.10 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, que dice así:

“Además de los generales del plan y de la limitación de superficie edificada destinada a usos terciarios en las áreas de referencia 1, 4 y 5, que se contiene en el art. 2.6.10 de estas normas, se considerarán las siguientes indicaciones:

(...)

F.- Recreativos:

Siempre que cuenten con acceso independiente desde la calle, en plantas de sótano, semisótano y baja”.

Asimismo, también tiene que tenerse en cuenta el art. 2.6.5 del mismo cuerpo normativo, que disciplina la situación de los usos de los edificios. Según esta previsión, “para que un edificio se considere destinado a un uso dominante deberá tener al menos el 51 por ciento de su superficie construida destinada a dicho uso o a otros usos complementarios”.

De todas estas prescripciones, se colige que resulta necesaria la existencia de un edificio que respete el uso principal del planeamiento para poder autorizar, en su caso, un uso complementario y compatible. De ahí que existieran objeciones normativas fundadas para rechazar la concesión de una licencia, siendo claro que, por otro lado, nos encontramos ante una finca independiente de la correspondiente al establecimiento conocido como “E.P.”.

SEXTO.- Finalmente, se ha denunciado la carencia de motivación, especialmente, en relación con la petición subsidiaria innovada en los escritos de alegaciones y dirigida a que, al menos, se obtuviera una licencia provisional, cuya concesión también se ha defendido con un documentado apoyo argumentativo y jurisprudencial.

En este punto, este Juzgado entiende que sí que existe un déficit de motivación en la medida que hubiera sido necesaria una mayor justificación de la denegación de una solicitud de licencia provisional (ex arts. 54 y 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), debido, en primer lugar, a que se trataba, de unas obras e instalaciones más bien modestas que contaba con una sentencia a su favor, (en relación con los veladores) y que se realizaban en el interior de una propiedad del recurrente. De ahí que, hasta que se obtuviera la licencia urbanística (en cuyo caso ya existiría una obligación de edificar y, por tanto, de ejecutar el Plan), hubiera sido procedente, valorar el otorgamiento de la licencia provisional, a precario, y acordar, si procediere, la concesión de la licencia provisional, con las condiciones que la Corporación hubiera establecido para evitar molestias a terceros y en función de razones de seguridad u otras relacionadas con el

interés público.

En este punto, este Juzgado se acoge a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1994, EDJ 1994/6203, Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano de OROPULIDO Y LOPEZ, en cuyos fundamentos jurídicos tercero y cuarto, se enseña lo que sigue:

TERCERO.- La citada Sentencia de 16 de octubre de 1989 de esta Sala, analiza después el referido precepto a la luz de diversos criterios jurisprudenciales del art. 3.1 del Título Preliminar del CC, para llegar a la conclusión de que el mismo aparece inspirado por las exigencias del principio de proporcionalidad que domina todo el Derecho Administrativo como consecuencia de la importancia del fin en este ámbito jurídico -arts. 106.1 CE, 83.3 LJCA, 8 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, etc-.

En esta misma línea, no resulta difícil obtener la deducción de la referida resolución, pues si la finalidad del citado artículo es la de evitar limitaciones a la actividad de los administrados cuando las obras o usos de carácter provisional no contradicen las exigencias del interés público.

Así las cosas, (...), si la finalidad del citado artículo es la de evitar limitaciones a la actividad de los administrados cuando las obras o usos de carácter provisional no contradicen las exigencias del interés público, obligado resulta concluir, de acuerdo con aquella resolución, que esta finalidad se cumple más satisfactoriamente entendiendo que las licencias del art. 58.2 operan también, cuando aquellas obras o usos se integren por actividades clasificadas, siempre naturalmente que no se ataque el interés público actual y no se vaya a dificultar la futura ejecución del planeamiento.

CUARTO.- No habiéndolo entendido así la sentencia de instancia, obligado resulta su revocación, y, consiguientemente la anulación de los acuerdos recurridos, con retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar resolución a fin de recabar los informes necesarios y, en todo caso, el de la Comisión Provincial de Urbanismo -u organismo que le haya sustituido- a que se refiere el art. 58.2, antes de pronunciarse sobre la concesión a precario de la licencia solicitada por la entidad recurrente”.

De ahí que, en aplicación del art. 27.3 de la Ley Urbanística de Aragón y del principio de proporcionalidad (en la forma ponderada por el Tribunal Supremo), haya de acordarse en esta Sentencia (y así se hará, aunque con algunas precisiones en razón de los hechos sobrevenidos relacionados con la concesión de la licencia urbanística), una retroacción de actuaciones, con el fin de adoptar una resolución motivada y establecer, en su caso, las limitaciones que hubieran sido necesarias para autorizar provisionalmente las obras y usos. Y es que se insiste, en ello, había datos favorables a favor de la concesión de la licencia provisional, como eran el derecho a la colocación de veladores en Sentencia firme; el carácter no complejo de las obras a legalizar y su fácil reversibilidad; así como el hecho de tratarse de un uso transitorio, que finalizaría, en todo caso, cuando se hubiera concedido la licencia urbanística o, en su caso, cuando la Administración se hubiera podido percatar, en función de actos u omisiones concluyentes de la actora, de que la mercantil no tenía intención de realizar la edificación en cuestión.

Procede, por todo ello, estimar parcialmente el recurso y acordar una retroacción de actuaciones, al objeto de que la Administración, tras los trámites oportunos, adoptara una resolución motivada, en la que se hubieran tenido en cuenta las precitadas circunstancias favorables para su concesión y en la que, en su caso, se hubieran incorporado los condicionantes necesarios para garantizar el interés público. Ocurre que, dado que en estos momentos se ha otorgado la licencia urbanística, ya no tiene sentido, en principio, la retroacción aquí acordada, por lo que, en su caso, habrá de declararse la imposibilidad de ejecutar la Sentencia *in natura* con las medidas legales correspondientes, si hubiere lugar.

SÉPTIMO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional, en función de las dudas que suscita la resolución de esta litis.

FALLO

Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo 165/2013 interpuesto por A.,S.A., contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de 20 de junio de 2013, que se anula, acordándose una retroacción de actuaciones, al objeto de que se dicte resolución motivada en los términos fijados en el fundamento jurídico sexto; sin costas.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, el Ilmo. Sr. D. José Javier Oliván del Cacho, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza.