

**TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA**

LICENCIA DE APERTURA. BAR.

Inadmisibilidad por suscitar en vía judicial cuestiones nuevas no suscitadas en vía administrativa.

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Luis Carlos Martín Osante

En Zaragoza, a veintinueve de Abril de dos mil diez.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 003 de Zaragoza, los presentes Autos de Procedimiento Ordinario Nº 388/2009 instados por J.S.B.,S.L. representado por la Procurador Doña M.C.P.F. y defendido por la Letrado Doña C.B.I. y siendo demandado AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procurador Doña N.C.A.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2009 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta Ciudad, escrito de interposición de Procedimiento Ordinario en el que se formuló recurso Contencioso-Administrativo por la representación procesal y defensa de J.S.B.,S.L. frente a la siguiente actuación administrativa:

-El acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 16/7/2009 sobre la inclusión de la licencia de apertura del establecimiento "S." de C/ Arquitecto Yarza nº 5, de Zaragoza en los Grupos de Clasificación de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas, expediente administrativo nº 580.402/09.

**SEGUNDO.-** Mediante Providencia se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración.

Una vez recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

**TERCERO.-** Mediante Auto se fijó la cuantía del presente procedimiento en indeterminada y se recibió el proceso a prueba.

Con posterioridad se practicaron las pruebas admitidas a las partes con el resultado que obra en Autos. Una vez formuladas las conclusiones, quedó el juicio visto para Sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.-** El presente proceso tiene por objeto el recurso contencioso administrativo formulado por J.S.B.,S.L. frente al acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 16/7/2009 sobre la inclusión de la licencia de apertura del establecimiento "S." de C/ Arquitecto Yarza, nº 5 de Zaragoza en los Grupos de Clasificación de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas.

En el suplico de la demanda se insta por la parte recurrente a que se tenga por presentado el expediente y por formulada la demanda interpuesta y que en su día, se dicte Sentencia por la que se estime la misma y se anule y deje sin efecto el acuerdo

de fecha 16 de julio de 2009 dictado por el Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza por ser contrario a derecho y se reconozca la situación individualizada de la parte actora del derecho a compaginar la actividad de "bar" con la actividad de "pub" con los límites legales establecidos en el establecimiento sito en la calle Arquitecto Yarza nº 5 local, condenando a la Administración a estar y pasar por la resolución que se dicte y con expresa condena en costas a la demandada.

**SEGUNDO.- La alegación de desviación procesal.-** En la contestación a la demanda se alega con carácter previo la causa de inadmisibilidad de desviación procesal. Conforme a una consolidada jurisprudencia la pretensión expuesta en la vía administrativa no puede ser esencialmente distinta de la formulada en la vía jurisdiccional y si bien pueden en el escrito de demanda alegarse en justificación de las pretensiones cuantos motivos procedan, aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa, ello ha de entenderse en sus justos términos, es decir, en el sentido de poder alegarse nuevas razones o argumentos para fundamentar las pretensiones, pero no en el de suscitarse cuestiones nuevas, las que consisten en la falta de previo enjuiciamiento administrativo de la cuestión, que opera como antesala de su posterior enjuiciamiento jurisdiccional como requisito indispensable para el posterior actuar de la jurisdicción (EL DERECHO, EDJ 2007/233392, TS Sala 3ª, sec 7ª, S 30-11-2007, rec. 64/2004 Pte: González Rivas, Juan José).

La naturaleza revisora de la Jurisdicción exige imperativa y necesariamente que a la Administración, previamente a la vía jurisdiccional, se le haya dado oportunidad de resolver, en la propia vía administrativa, sobre las pretensiones que se formulen en aquélla.

**TERCERO.- La desviación procesal en el caso que nos ocupa.-** En el escrito iniciador del expediente administrativo se suscita ante el Ayuntamiento de Zaragoza la duda sobre la clasificación de la licencia de apertura del establecimiento objeto del presente proceso, pero añade "considerando por nuestra parte la pertenencia al grupo dos". En el suplico de la demanda se insta el reconocimiento como situación jurídica individualizada del derecho a compaginar la actividad de "bar" con la actividad de "pub". La comparación de ambas peticiones revela que, efectivamente, se ha producido una relevante modificación desde lo que se instaba en la vía administrativa (en la que, se venía a pedir una declaración de que el establecimiento se debe incluir en el Grupo II), hasta lo que se insta en la vía contencioso-administrativa de tal forma que se produce la desviación procesal apuntada.

Debe hacerse notar que dado el contenido del escrito iniciador del expediente administrativo, no se ha dado a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre el debate que se ha suscitado en la demanda rectora de este proceso, como es pretensión de que la actividad desplegada en el establecimiento goza de una condición doble y que la licencia también goza de esta doble condición. Incluso podría llegar a pensarse que la argumentación que se incluye en el acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo simplemente viene a reforzar la postura del solicitante, pero que en realidad no plantea la posibilidad de que pueda existir la situación de doble clasificación, que sólo con posterioridad y en la vía contencioso-administrativa invoca la parte recurrente.

Ciertamente, el personal que llevó la tramitación del expediente administrativo se habrá sorprendido notablemente al comprobar que a pesar de que el acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo admitía el planteamiento propuesto por la entidad recurrente, se ha acudido a la vía contencioso-administrativa para impugnar dicho pronunciamiento. Podría hablarse también de una actuación de J.S.B.,S.L. contra los propios actos.

De esta forma, la única manera de conseguir el pronunciamiento que se pretende en la demanda rectora de este proceso (el reconocimiento como situación jurídica individualizada del derecho a compaginar la actividad de "bar" con la actividad de "pub"), será instando con carácter previo de la Administración dicho pronunciamiento y sólo con posterioridad acudir a los Juzgados de lo contencioso-administrativo. El hecho de que en la resolución del Ayuntamiento se considere que

existió una “renuncia” implícita a la actividad de bar no puede considerarse como elemento que impida la consideración de nuevo de la cuestión que ahora se ha planteado en la demanda, ya que no cabe entender que lo que puede ser un simple “lapsus” en la tramitación del expediente se considere con eficacia suficiente para decidir esta cuestión. En definitiva, no se aprecia motivo para que no se pueda efectuar esta solicitud de aclaración o de clasificación de nuevo ante el Ayuntamiento de Zaragoza, pero aclarando realmente cuál es la voluntad de la entidad recurrente

En consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.- Costas y recurso.-** No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas procesales (art. 139.1 LJCA). Ello debe ser así a diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación, en el que la regla general es que las costas corren a cargo del apelante en caso de desestimación del recurso.

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA (art. 81.1) cabe recurso de apelación ante Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

### **FALLO**

**PRIMERO.-** Declaro la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo formulado por J.S.B.,S.L. formulado frente a la actuación administrativa indicada en el Antecedente de Hecho Primero de la presente Sentencia, por desviación procesal.

**SEGUNDO.-** No procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

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