
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 701/2004-L
Sentencia nº 179 (5-06-2006)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA
LICENCIA DE APERTURA. DENEGACIÓN. BAR-RESTAURANTE.

Ilmo. Sr.
MAGISTRADO-JUEZ
D. Juan Carlos Zapata Híjar

En Zaragoza a 5 de junio de 2006, habiendo visto los presentes autos el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar, Magistrado-Juez, con destino en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes de recurso: Recurrente D. M.F.D.E. representado por el Procurador D. E.P.C. y defendido por el Letrado D. F.P.O.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a N.C.A. y defendido por la Letrada de sus Servicios Jurídicos D^a M.A.A.

Codemandado D. J.C.D. representado y defendido por el Letrado D. J.L.C.V.

SEGUNDO.- Actuación recurrida: Resolución de 18 de mayo de 2004 del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza que deniega al recurrente licencia de apertura para la actividad de Bar Restaurante sita en la Avda. Almozara (exp. 396.149/01).

TERCERO.- Procedimiento: Interposición del recurso ante el TSJ de Aragón el 16 de junio de 2004.

Por Auto de 25 de octubre de 2004 se declaró la falta de competencia del Tribunal para el conocimiento de este asunto remitiéndolo a los Juzgados.

Demanda el 24 de febrero de 2005.

Contestación a la demanda el 29 de marzo y 29 de abril de 2005.

Apertura del pleito a prueba el 5 de mayo de 2005, testimonio de la practicada en el recurso 5/2005 de este mismo Juzgado.

Conclusiones del actor el 23 de noviembre de 2005.

Conclusiones de la Administración demandada y de la codemandada 12 y 29 de diciembre de 2005.

Conclusos y vistos para sentencia el 17 de enero de 2006.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte recurrente: 1. Estimación de la demanda y Nulidad del acto recurrido.

2. Reconocimiento de situación jurídica individualizada consistente en que se le conceda licencia de apertura para Bar Restaurante o subsidiariamente solo Bar.

3. Imposición de costas a la Administración demandada.

Hechos que se deducen del expediente administrativo de relevancia para la resolución del recurso.

Por Resolución de Alcaldía de 9 de febrero de 2001 se concedió a la recurrente licencia de acondicionamiento e instalación del local para la actividad de Bar Restaurante (folio 41 del expediente).

Se solicitó licencia de apertura en marzo de 2001 (folio 1) existiendo un primer requerimiento el 21 de abril de 2001 (folio 3).

Se aportó diferente documentación el 11 de mayo de 2001 (folio 10).

Existiendo dos denuncias por humos del año 2001, se solicitó visita de inspección para comprobar si la instalación cumplía el art. 5.3.1 de las Ordenanzas Generales de Edificación (folio 38).

Por Resolución de 24 de enero de 2002, el Servicio de Inspección requiere para el cumplimiento del art. 2.1.8.2 del PGOU de 1986 (altura de chimenea para evitar humos a las fincas colindantes), entre otros requerimientos (folio 29), requerimiento notificado el 22 de mayo de 2002 (folio 41).

Por escrito de 4 de junio de 2002 se solicita prórroga para cumplir el requerimiento (folio 42) y por escrito de 5 de septiembre de 2002 se indica que no ha obtenido autorización de las Comunidades para colocar la chimenea (folio 48).

Antes de la resolución se aportó certificado de los Ingenieros Sres. G.S. y M. (folio 66) en los que se indicaba que la chimenea cumplía el art. 5.3.1.b) de la Ordenanza General de Edificación.

A la vista de ello hubo nuevo informe del Servicio de Inspección en el que se ratificaba en la exigencia del art. 2.1.8.2 del PGOU de 1986, indicando que se exigía en el apartado 15.3 de la licencia urbanística.

Tras ello se dictó la denegación de la licencia objeto del presente recurso.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

Se denuncia una actuación incongruente y no coordinada de los Servicios Municipales. Considera la actora que no es exigible el cumplimiento del art. 2.1.8.2 del Plan General dado que ya cumple el art. 5.3.1.b) de la Ordenanza de Edificación en relación a la chimenea. Que quiso acatar la orden y no pudo cumplirla por impedírselo las comunidades de propietarios. Que las denuncias del codemandado no son atendibles dado que vive en un edificio que no es colindante, que no se han quejado las otras comunidades, añadiendo que el denunciante ha solicitado que se le compre la vivienda al actor.

SEXTO.- Pretensiones de la Administración demandada: Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

La actuación administrativa es correcta, si tenemos en cuenta que la actora comenzó su actividad, sin tener concedida la licencia de apertura como es preceptivo. El acto aquí re-

currido es conforme a derecho porque es exigible la norma urbanística en relación a la altura de la chimenea.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La empresa recurrente tenía concedida licencia urbanística para la actividad de Bar Restaurante (asador), pero para desarrollar la actividad, tal y como se le notificaba en la concesión de la licencia y se prevé en el Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1982 y Reglamento de Actividades Molestas, era necesaria la concesión de la licencia de apertura.

Para la concesión de la misma, era imprescindible que las obras realizadas se atuviesen al Proyecto presentado, aportando para su fiscalización y control certificado final de obra en el que se constatase la finalización de la misma y la adecuación al proyecto.

Cursada inspección según consta en el expediente, existe un requerimiento que no se ha cumplido en relación a la altura de la chimenea según establece el art. 2.1.8.2 del PGOU de 1986.

Tal y como ha quedado reseñado en los hechos y no se cuestiona en la demanda, la actora reconoce durante la tramitación administrativa esas deficiencias, solicitando únicamente, prórrogas para poder terminar la obra y para justificar los cambios del proyecto inicial.

SEGUNDO.- Pues bien en este caso no hay defecto procedimental alguno y a la vista de lo actuado es evidente que la Administración, otorgo tiempo mas que suficiente para que se procediese a la subsanación de defectos y por supuesto mucho mas tiempo del previsto en el art. 9.1.4 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales.

A la vista de ello la única cuestión que puede ser debatida es la exigencia o no del citado precepto. Pues según el certificado de los Ingenieros aportado al expediente, la chimenea si cumple el art. 5.3.1.b) de la Ordenanza de Edificación y no el aludido precepto del Plan General de 1986.

Como argumento de fondo se alega, que es contradictoria esta doble regulación, que hay algunos edificios a los que no se les ha exigido -el perito señala uno en Parque Goya- y que en el nuevo Plan de 2001 no existe esa previsión, por lo que se vuelve a exigir la Ordenanza de Edificación.

TERCERO.- Pues bien a la vista de todo lo actuado y del expediente se ha de concluir con la conformidad a derecho del acto recurrido

En primer lugar señalar que las dos normativas son plenamente compatibles y que en materia de protección de actividades clasificadas y de medio ambiente debe exigirse la normativa mas protectora. En este caso en el Plan de 1986 que estaba vigente cuando se concedió la licencia urbanística y cuando se solicito la de apertura, se imponía una condición general para la actividad molesta por humo, como es la de asador del presente recurso.

Este precepto (art. 2.1.8.2 del PGOU de 1986) entre otras cosas exige que la chimenea sobrepase 2 metros de altura sobre cumbrera en 25 metros de radio y que lo haga con

caperuzas de dispersión. Como no se niega parece ser, que es este requisito el que no cumple el actor, que si cumple el de la Ordenanza de 1974 (art. 5.3.1.b) en el que se exige 2.5 metros sobre cumbrera, quedando encima de un galibo plano formado por una recta vertical sobre la pared de 2.5 metros, una recta horizontal de 2.5 en dirección a la chimenea y otra recta descendiendo desde el final de la anterior con pendiente de uno de base y dos de altura.

Las limitaciones de uso establecidas en el citado precepto se derivan de disposiciones de carácter legal y son parte integrante del conjunto de usos y actividades de obligado y directo cumplimiento, según establece el art. 2.1.2 del PGOU de 1986. Debe por tanto ser exigible este precepto, a pesar de la existencia de otro en la Ordenanza de Edificación que pudiera ser contradictorio pues siempre es exigible la mayor protección y evitación de molestias en actividades clasificadas.

Se alega que existen otros proyectos en los que no se ha exigido y que ahora no esta este precepto en el PGOU de 2001. Se ha de indicar que no se ha acreditado que haya proyectos autorizados en los que no se ha exigido la normativa urbanística, no sirviendo para ello la mera declaración del perito, pero es que además no puede invocarse la igualdad en la ilegalidad como reiteradamente dice el Tribunal Constitucional, dicho de otro modo, el hecho de que haya un edificio en situación ilegal, no hace legal los otros.

En relación a lo manifestado por el Perito de que el Plan General de 2001 no incorpora previsión sobre la altura de las chimeneas, ha de indicarse que en el nuevo Plan no se hace mención a limitaciones de uso sobre actividades clasificadas, ni se recogen las previsiones de normativa general como hacia el Plan de 1986, lo que no quiere decirse que estas previsiones -recogidas en normativa especial- no estén vigentes. En cualquier caso la licencia urbanística se concedió bajo la vigencia del Plan General de 1986, lo que obligaba al cumplimiento de lo exigido en este. Y lo que es mas relevante esta concreta exigencia estaba recogida en la licencia urbanística en la condición 15.3, por lo que era exigible para conceder la licencia de apertura.

El actor no ha cumplido con lo requerido en la licencia y no ha situado la chimenea a la altura exigible. La disponibilidad o no del edificio para colocar la chimenea debió ser previa a la concesión de la licencia urbanística. Y lo que es mas relevante no se ha propuesto solución técnica que cumpla los requerimientos de la Norma impidiendo las molestias que se deducen de las denuncias del codemandado.

Ha de reconocerse que concedida la medida cautelar no constan denuncias por molestias de humo, o al menos no han sido trasladadas a este Juzgado, pero aun admitiendo lo dicho, ha de ratificarse la decisión municipal, pues era exigible el cumplimiento de la Norma en relación a la altura de la chimenea, dado que así se había impuesto en la licencia urbanística, siendo la licencia de apertura mera comprobación de la adecuación de las obras a aquella y todo ello con independencia de los alegatos no demostrados en relación a la veracidad de las denuncias del denunciante, que son ajenas a la conformidad a derecho del acto recurrido.

Por tanto y de todo lo razonado se deduce que no existe motivo para proceder a la nulidad del acto que se recurre, pues hasta que no se proceda a la subsanación del defecto apreciado no será posible la concesión de la licencia de apertura y a fecha actual no ha sido subsanado el defecto de la chimenea.

CUARTO.- Se solicita de forma subsidiaria se conceda licencia solo para Bar, al no poder instalarse la chimenea. Sin embargo esta petición es contraria al principio de contradicción del art. 31 de la LJCA. Como es sabido el actor puede subsanar el defecto de la chimenea y volver a pedir licencia de apertura o bien solicitar nueva licencia -con un proyecto reformado- para otra actividad que no precisase de la chimenea. Pero esto excede del presente recurso.

QUINTO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LRJCA, no se inferen méritos para hacer expresa imposición de las costas causadas.

FALLO

Desestimar el presente recurso nº 701/2004, interpuesto por el Procurador D. E.P.C. en nombre y representación de D. M.F.D.E. y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar ser conforme a derecho la actuación recurrida.

SEGUNDO.- No hacer expresa imposición de las costas del presente recurso.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación (art. 81 de la LRJCA) ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación, por escrito que deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 85 de la Ley.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, el Ilmo. Sr. D Juan Carlos Zapata Hija, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo no 1 de Zaragoza