

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

OBLIGACIÓN DE RESOLVER. RESPONSABILIDAD PERSONAL RESPONSABLE.

Inexistencia.

Existencia de litispendencia por existencia de silencio administrativo objeto de recurso.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a diez de Noviembre de dos mil once.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su partido, habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Ordinario nº 61/11-A/P seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente la Entidad P.,S.L., representada por la Procuradora D^a. E.C.M., bajo la dirección letrada del Sr. M.J. y de otra el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora D^a. S.S.S. y defendido por el Letrado Sr. M.M., habiendo comparecido como parte codemandada la Entidad Asociación Sociedad Cultural y Gastronómica "L.S.I.", representada por la Procuradora D^a. M.C.IG. y defendida por la Letrada Sra. R.P.. Y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 11 de Febrero de 2011 se interpuso por P.,S.L., recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Desestimación por silencio administrativo de la solicitud presentada en fecha 11 de Mayo de 2011, ante el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, sobre cumplimiento de la obligación de resolver y derivación de responsabilidad disciplinaria, relativa al expediente nº 193.099/2009. Solicitud de cumplimiento.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en autos. Al igual que lo hizo la parte codemandada.

TERCERO.- Que mediante decreto de fecha 21 de Julio de 2011 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada, y por providencia de fecha 22 de Julio, se acordó como trámite final del proceso el de conclusiones escritas.

CUARTO.- Que por todas las partes se han presentado los correspondientes escritos que contienen sus conclusiones y constan unidos a las actuaciones.

QUINTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Ayuntamiento de Zaragoza desestimatoria por silencio administrativo de la solicitud de 11-5-2010 de que, en el seno del procedimiento 193.099/2009, en el cual se había pedido la revocación de la licencia de apertura concedida a la Sociedad Gastronómica L.S. en la calle Méndez Núñez, 26 de Zaragoza (sótano), se resolviese expresamente así como que se derivase la responsabilidad del personal responsable.

Se alega que la obligación de resolver es independiente del hecho de que se haya recurrido por silencio administrativo, teniendo derecho el ciudadano a que se resuelva y a conocer los argumentos municipales para la desestimación.

Por el Ayuntamiento se opuso falta de legitimación procesal por falta de acreditación del cumplimiento del art. 45.2.d LJCA, litispendencia y, ya en conclusiones, pérdida de objeto, por haberse resuelto el recurso contra la concesión de la licencia. Por la codemandada se alegó falta de legitimación activa.

SEGUNDO- Con relación a lo primero, debe rechazarse. El 45.2.d LJCA dice: *"1. El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando esta Ley disponga otra cosa.*

2 A este escrito se acompañará: (...)

d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado."

La Jurisprudencia ha venido considerando la necesidad de presentar el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos para la interposición de acciones, STS 5-11-2008, rec. 4755/2005, del Pleno 31-1-2007, 29-1-2008, ya que la falta del mismo podría dar lugar a que se interpusiese el recurso por quien no tiene ya capacidad para ello, o no la ha tenido nunca, o que no cuenta con las facultades sociales para interponerlo. En este caso, se aportó inicialmente un poder para pleitos que no contiene la decisión de interponer el pleito en que el poder se otorgue por quien la tiene ni que, lógicamente, se apodere también con tal facultad al procurador. Planteada tal falta, por la recurrente se aportó tanto el acuerdo de interposición como la escritura acreditativa de que quien había tomado la decisión, D. F.T.C., era administrador y socio único de la empresa, como, por otra parte, se reflejó en la sentencia del Juzgado nº 3.

El hecho de que se tomase la decisión después es irrelevante. En primer lugar, porque dado que todo el capital es de la misma persona, es claro que no estamos ante un posible caso de división social o de iniciativa sin contar con el respaldo de origen de la mayoría de la sociedad. En segundo lugar, porque tal requisito, que precisamente tiene por objeto asegurarse de que no hay abuso de posición por parte de algún administrador o de unos socios minoritarios, debe ser interpretado de forma flexible, admitiéndose la subsanación incluso posteriormente. Finalmente, porque al ser un supuesto de silencio, en el que no hay limitación del plazo habitual de dos meses para recurrir, el único efecto de tal inadmisión sería el que pudiese volver a interponer el pleito.

TERCERO.- Respecto de la falta de legitimación por dudarse de su condición de propietario, debe rechazarse, pues al margen de haberse aportado en conclusiones los documentos registrales acreditativos de la propiedad, la legitimación para el proceso no necesariamente coincide con la legitimación de pedir, y el hecho de haber solicitado una resolución le convierte en titular del interés legítimo consistente en obtener la misma, con independencia de que dentro del proceso se pueda oponer su falta de legitimación, que sería objeto de cuestión de fondo, en su caso, no de cuestión de inadmisión.

CUARTO.- Respecto de la litispendencia y la pérdida de objeto, hay que

hacer unas breves referencias fácticas.

El 22-2-2007 se concedió al local mencionado en el fundamento primero una licencia de apertura, corregida el mismo día en el sentido de que no podría estar abierto sin público. La recurrente actual presentó recurso contencioso administrativo en el PO 286/2008 del Juzgado nº 3, desestimado por sentencia el 3-9-2008, la cual fue apelada.

El 18-2-2009 se solicitó la revocación de la licencia, abriéndose expediente 193.099/2009. Se interpuso recurso contra la resolución desestimatoria presunta, PO 250/2009 del Juzgado nº 4, en el seno del cual se dictó Auto el 9-3-2010, desestimando la inadmisibilidad por litispendencia, ya que eran dos actos diferentes los recurridos, pues en uno se recurría la licencia y en otro la desestimación presunta de la solicitud de revocación de licencia. No obstante, se suspendió por prejudicialidad, ya que se consideró que podía ser relevante el resultado de dicho pleito.

El 14-9-2011 se ha dictado sentencia por el TSJA en el rec. 419/2008, estimando el recurso, anulando la licencia y retrotrayendo para que se tramite como licencia de actividad clasificada. Se suscita la pérdida de objeto.

QUINTO.- Es evidente la concurrencia de una litispendencia respecto del recurso contra la solicitud de revocación, en cuanto se pretendía que se dictase en vía administrativa una resolución, cuando el silencio administrativo ya había sido objeto de recurso. En este sentido, aún cuando la parte trate de salvar la cuestión alegando que sólo se pretende que se dicte resolución y conocer los motivos del Ayuntamiento, la realidad es que se pretende una actividad vacía de sentido, que sólo podía conducir a una litispendencia o cosa juzgada o a un callejón sin salida.

En efecto -y no sin señalar que el pleito presente se empezó a gestar el 11-5-2010, cuando se pidió que se resolviese y se incoase expediente a los funcionarios responsables, una vez se suspendió el procedimiento por prejudicialidad, el 9-3-2010- en el supuesto de que se hubiese dictado resolución desestimatoria expresa, en el sentido del silencio, se habría precisado recurrir y acumular el recurso al recurso contra la desestimación presunta. Por otro lado, era absurdo pretender “conocer” los motivos cuando había una contestación a la demanda en la cual el Ayuntamiento habría expuesto ya su opinión.

En el hipotético caso de que se hubiese apartado del sentido del silencio, se habría producido una irresoluble situación procesal, pues habría habido un recurso contra la resolución desestimatoria presunta y otro contra la resolución estimatoria expresa, en un pleito en el que, además, había una parte interesada, la titular de la licencia. Es decir, no se estaba ante el supuesto normal del 43. 3. b de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, al haberse pasado a otra situación, ya judicializada. Dicho precepto sólo tiene virtualidad cuando no se ha acudido a la vía judicial, proscribiendo la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común la posibilidad de simultanearlas en el art. 116.2, si bien referido al recurso de reposición, en cuanto prohíbe acudir a la vía judicial hasta que no se resuelva el recurso de reposición o transcurra el plazo de silencio. Ello lleva a otra conclusión, no se puede recurrir en reposición si se ha acudido a la vía judicial, y tal principio extensible a nuestro caso, en el cual se pretende por una solicitud autónoma en el seno de un expediente, en vía administrativa, y ahora judicial, que se resuelva lo que ya está en vía judicial.

Volviendo al 43.3.b de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el mismo está pensado para los supuestos en que se le conceda al particular algo que antes se le ha negado de forma presunta, pero evidentemente, si la solicitud supone la privación de derechos de un tercero, y estando el asunto en vía judicial, en el cual el titular del derecho ha comparecido como demandado, el pretender que la Administración pudiera dictar resolución en sentido contrario al silencio chocaría plenamente con la soberanía judicial, pues se privaría a la Jurisdicción de conocer sobre un acto recurrido que había causado o mantenido un derecho, la licencia, a un tercero, privándole además a éste de su derecho a defenderlo en una vía judicial a la que había sido llamado por el solicitante de la revocación.

Por tanto, hay litispendencia respecto del asunto del Juzgado nº 4 en cuanto a la petición principal de que se resuelva, si bien, al haber otra solicitud, como luego se verá, dicho pronunciamiento de litispendencia es de fondo, es decir desestimatorio, y no de inadmisión.

SEXTO.- Además de lo anterior, se produciría una pérdida de objeto sobrevenida, puesto que la anulación de la licencia deja sin sustento la solicitud de revocación de la misma, al haberse obtenido ya el fondo de la pretensión perseguida, que quedase sin efecto dicha licencia, que era una pretensión subsidiaria a la del dicho procedimiento, pues presupone la validez de la licencia y se interpuso para el caso de que el primer recurso fracasase.

SEPTIMO.- Hay un aspecto en el cual no podría hablarse de litispendencia, y es la solicitud de derivación de responsabilidad a los funcionarios por no haber resuelto, ya que la misma no iba incluida en el primer recurso, pero es evidente que debe desestimarse, pues con una situación como la que se ha descrito, con una licencia recurrida y con una solicitud de revocación de licencia denegada y recurrida, si hemos dicho que no debería haberse exigido la resolución una vez se interpuso el recurso judicial ante el Juzgado nº 4, tampoco podía, en coherencia con lo dicho, exigirse a los funcionarios que tramitasen la resolución, debiendo desestimarse esta parte de la pretensión.

OCTAVO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por P.S.L. contra la resolución del Ayuntamiento de Zaragoza desestimatoria por silencio administrativo de la solicitud de 11-5-2010 de que, en el seno del procedimiento 193.099/2009, en el cual se había pedido la revocación de la licencia de apertura concedida a la Sociedad Gastronómica Los Sitios en la calle Méndez Núñez, 26 de Zaragoza (sótano), se resolviese expresamente así como que se derivase la responsabilidad del personal responsable, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.