

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE PUESTA EN FUNCIONAMIENTO. DENEGACIÓN. BAR-RESTAURANTE.

Procedencia. Litispendencia con P.O. 76/2006. Inexistencia.

Inexistencia de licencia de instalación, obtención por silencio improcedencia.

Edificio enclavado en dominio público hidráulico no acreditación. Incompatibilidad de la obra con el planeamiento. Consecuencia ausencia de silencio positivo obtención licencia. Indefensión recurrente. Inexistencia defensa durante el expediente y el recurso.

Abuso de posición Administración inexistencia, licencia denegada antes de existencia proyecto expropiación.

Fallo: Desestimar. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Juan Carlos Zapata Hajar

En Zaragoza a 28 de noviembre de 2007, 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 del recurso:

Recurrente Y.,S.L. representada por la Procuradora D^a B.R.V. y defendida por el Letrado D. J.F.S.M.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a N.C.A. y defendido por la Letrado D^a M.J.P.S.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 21 de febrero de 2006 por la que se deniega a la recurrente licencia de puesta en funcionamiento del art. 17 de la Ley Aragonesa 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Aragón solicitada para la actividad de Bar-Restaurante en Paseo Echegaray y Caballero, s/n, por carecer de licencia urbanística para el ejercicio de la actividad (exp. 65.747/06)

TERCERO.- Procedimiento:

Interposición del recurso el 2 de mayo de 2006.

Demanda el 11 de septiembre de 2006.

Contestación a la demanda el 1 de diciembre de 2006.

Apertura del pleito a prueba el 4 de diciembre de 2006, practicándose por la actora testimonio de la prueba pericial contable practicada ante este mismo Juzgado en el P.O. 76/2006.

Conclusiones de la actora el 16 de marzo de 2007.

Conclusiones de la Administración demandada el 4 de abril de 2007.

Concluso para Sentencia el 12 de abril de 2007.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte recurrente.

1. Estimación de la demanda y Nulidad de la denegación de licencia de puesta en funcionamiento objeto del acto recurrido.

2. Se conceda el derecho de la entidad recurrente a la obtención de la licencia de funcionamiento objeto del recurso para Bar Restaurante en las instalaciones del

Club Náutico.

3. Sea indemnizada la actora por el Ayuntamiento por responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados en la tramitación de las licencias y situación de presión e incertidumbre de acuerdo a lo dispuesto en el FJ XI de la demanda.

4. Imposición de costas a los demandados.

Hechos de aplicación al caso que se deducen del expediente administrativo.

1) D. J.L.Y. solicitó licencia urbanística de actividad para Bar Restaurante el 11 de septiembre de 1989 (exp. 3.145.163/89), la misma fue denegada por Resolución del Consejo de Gerencia de 12 de septiembre de 1990, al no presentar licencia de acondicionamiento. Interpuso recurso de reposición el 2 de mayo de 1991, que fue entendida como nueva petición de licencia por la Gerencia el 11 de junio de 1991, procediéndose a toda la tramitación de la misma.

2) El 6 de julio de 1998, presenta proyecto de actualización de instalaciones (folio 107) con nuevos planos, distribución y superficies. Informado ese expediente por el Servicio de prevención de incendios, no consta más actuaciones a salvo lo que luego se dirá.

3) Coetáneamente se tramitó expediente 3.072.668/2005 previa solicitud de licencia de apertura para la misma actividad, expediente que fue resuelto por la Comisión de Gobierno el 26 de julio de 2002, resolución confirmada tras recurso de reposición por Resolución de 4 de octubre de 2002. Estas resoluciones fueron confirmadas por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 3 de Zaragoza de 31 de julio de 2003, confirmada por STSJ de Aragón de 4 de julio de 2005. Una vez firme esta resolución y tras trámite de audiencia se dictó la Resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de 7 de febrero de 2006 por el que se decreta el cierre y clausura de la actividad (objeto de recurso ante este mismo Juzgado nº 76/2006).

4) El día 23 de enero de 2006 se solicitó la licencia de puesta en funcionamiento que ha sido denegada por el acto objeto de este recurso, al carecer de licencia urbanística. Consta audiencia previa que fue cumplimentada en plazo por el recurrente, pero que no fue tenida en cuenta por haber sido denegada la licencia con anterioridad.

5) En la Sentencia del Juzgado nº 3 se indicaba que no cabía la concesión por silencio positivo de la licencia urbanística, al no haber denunciado la mora ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio. El recurrente a pesar de haber recurrido en apelación la indicada Sentencia denunció doblemente la mora (Reglamento de actividades molestas), informando la Comisión de Ordenación del Territorio de Zaragoza el 14 de enero de 2004 que no era competente por la exención de esta actividad prevista en el Decreto 109/86 de 14 de noviembre y Orden de 28 de noviembre de 1986. Constando en el expediente de la licencia urbanística los motivos de legalidad urbanística que el Servicio de Intervención Urbanística considera que impide la concesión de la licencia (folios 116 y ss), así como propuesta de denegación (folios 141 y ss) que no consta haya sido adoptada por el Consejo de Gerencia.

Motivos de impugnación del acto recurrido.

a) Como motivo fundamental que deduce la parte es que no es cierto que carezca de licencia de instalación o urbanística, la ha solicitado, ha denunciado la mora y se adecua al planeamiento. Por lo tanto ha de estar concedida por silencio positivo.

b) No se ha respetado el plazo concedido para hacer alegaciones y estas no han sido tenidas en cuenta. No ha habido contradicción y hay un verdadero abuso en la posición del Ayuntamiento que utiliza este expediente para minusvalorar el precio de la expropiación.

c) Solicita indemnización por daños y perjuicios dado que tuvo que cerrar las instalaciones.

SEXTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

1. Inadmisión del recurso por desviación procesal al solicitar indemnización no solicitada en vía administrativa.

2. Inadmisión por litispendencia dado que la pretensión de obtención de

licencia de funcionamiento ya fue igualmente solicitada en el recurso nº 76/2006 (contra el cierre y clausura de la actividad).

3. Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

4. Imposición de las costas causadas al recurrente.

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

Alega la Administración demandada que la actividad del recurrente nunca ha tenido licencia de instalación, ni de apertura a salvo la licencia de obras para el edificio inicial en el año 1962. Que posteriormente el edificio fue ampliado, quedando fuera de ordenación por lo que ahora no cabe conceder licencia urbanística. Y al carecer de licencia urbanística no puede obtener la licencia de puesta en funcionamiento que ahora solicita.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- No procede estimar ninguna de las dos causas de inadmisión que se plantean en la contestación a la demanda por la Corporación municipal.

Es perfectamente posible de conformidad a lo dispuesto en el art. 71.1.d de la LRJCA, cuando se estima un recurso y se declara un acto contrario a derecho que en la misma Sentencia se resuelva la petición de indemnización, se haya solicitado o no en vía administrativa y se solicite o no una concreta cuantía.

No existe litispendencia entre este procedimiento y el que se sigue ante este mismo Juzgado con el nº 76/2006, pues el objeto del recurso aunque íntimamente conectado no es el mismo, en uno se resuelve el cierre y clausura y en el otro la denegación de la licencia de puesta en funcionamiento.

SEGUNDO.- Entrando al fondo del recurso, no debe haber discusión sobre lo que -por encima de las alegaciones efectuadas- constituye la decisión principal en este recurso.

Si la entidad recurrente ha obtenido o no por silencio administrativo *la licencia urbanística solicitada*. Y ello porque si esto es así, no hay motivo formal o material alguno para no considerar que debió concederse la licencia de puesta en funcionamiento prevista en la Ley 11/2005.

A ello desde luego no ayuda que el expediente todavía no haya sido resuelto expresamente. Pero como es sabido el hecho de que no haya sido resuelto el expediente expresamente no determina que la licencia se haya concedido por silencio, pues hay supuestos en los que esto no es posible aunque se resuelva la petición de forma extemporánea. Como indica el Servicio de Intervención Jurídica en informes a los que se va a hacer mérito (folios 116 y ss y 137 y ss), hay dos supuestos en los que no se puede conceder la licencia por silencio, cuando la concesión de la licencia conlleva facultades relativas al dominio público (art. 43.2.b de la Ley 30/92) y cuando la concesión va en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico (art. 176 de la Ley 5/99 Urbanística de Aragón y art. 193.2.5ª de la Ley 7/99 de Administración Local de Aragón).

Pues bien en la contestación a la demanda se sostiene que no puede haber silencio positivo por estos dos motivos. Por estar enclavado el edificio en dominio público hidráulico la ribera del río Ebro y por contravenir el planeamiento.

Respecto de la primera cuestión ha de indicarse que consta prueba de informe de la Confederación Hidrográfica del Ebro (deslinde de riberas) de 5 de junio de 2006 aportada en el recurso nº 76/2006, en el que se dice que el dominio público hidráulico coincide con la avenida máxima ordinaria del río y aspecto geomorfológicos, apreciándose en el plano que el edificio no toca la línea de dominio. Y ello aunque debiéramos tener en cuenta pues el mapa es de 1992 y como luego se verá la zona del Restaurante de terrazas que daban al cauce fue incrementada en la legalización del edificio de 1998, con lo que el edificio rayado en el mapa no corresponde con la realidad y es más grande.

Con ello quiere decirse que no ha sido acreditado en este proceso que el edificio esté sobre dominio público hidráulico, lo que determinaría que este motivo no puede ser causa de la no concesión por silencio de la licencia. Y ello a pesar de lo que se indica en los informes pues una cosa es que el terreno fuese de libre disposición de la Confederación y por ello se cediese a perpetuidad a la Federación

de Remo, quién a su vez lo arrendó al recurrente y otra cosa muy distinta, es que el edificio esté en dominio público hidráulico.

Y es que ha de recordarse que las licencias se otorgan sin perjuicio del derecho de propiedad y sin perjuicio de derecho de terceros. El art. 140 del Decreto 347/2002 de 19 de noviembre del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las entidades locales de Aragón, dice con claridad que las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero. No será preciso acreditar ante la Administración la titularidad del derecho en el que se base la solicitud, salvo que su otorgamiento pueda afectar a la protección y garantía de bienes públicos. En el bien entendido que esta protección la ha de efectuar la Administración que ostenta la misma, en este caso el organismo estatal del Ministerio de Medio Ambiente la Confederación Hidrográfica del Ebro.

TERCERO.- Cuestión distinta es la compatibilidad de la obra con el planeamiento urbanístico.

Para ello primero debemos determinar qué normativa ha de aplicarse y es claro que la misma a diferencia de lo que se sostiene en demanda, no puede ser el planeamiento vigente en el momento que se señala en demanda a los dos meses de la denuncia de mora, esto es el 10 de febrero de 2004, sino el planeamiento vigente en el momento en que debió resolverse la licencia que no es otro que el que estaba vigente a los 4 meses de la presentación del Proyecto (ampliado y definitivo) el 6 de julio de 1998, esto es el 6 de noviembre de 1998, o sea el Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza de 1986 y ello porque esa era la doctrina jurisprudencial aplicable sobre la cuestión (por todas la STS de 6 de octubre de 2001 -RJ 7962-), que indicaba que si la licencia se resolvía en plazo se debía aplicar el planeamiento vigente en el momento de la resolución, pero sino debía aplicarse el planeamiento vigente en el momento de la petición. Y ello por la evidente razón de que cuando se solicitó la licencia no había entrado en vigor la Ley 5/99 y no era por tanto de aplicación el art. 173 de la misma.

Pues bien con aplicación de ese planeamiento hemos de indicar que partiendo del inicial edificio de 1963, el único que disponía de licencia de obras, el que se presentó a legalización, con una expresa modificación y aumento de edificación, se encontraba fuera de ordenación.

El edificio inicial Club de Remo, disponía según la memoria (doc. 5 de la contestación) de una planta baja donde estaba el gimnasio y de una planta primera donde estaba la biblioteca, sala de fiestas, bar, conserje guardarropa etc. de 291,37 m². Además dentro de las previsiones del proyecto por el que se concedió la licencia se estableció que no se elevase sobre la rasante de la calle, además de mantener el arbolado.

La lectura del proyecto de 1998, determina grandes variaciones al inicial. Antes había dos plantas, ahora son tres. La inferior se sigue dedicando a instalaciones deportivas, la intermedia (la antes llamada planta primera) donde está el restaurante tiene 470,28 m² dedicada a Restaurante y la primera destinada a Bar tiene 296,08 m² y se eleva 0,50 m. sobre el Paseo Echegaray.

Se ha ampliado por tanto la planta primera del Restaurante y se ha cerrado lo que antes era la terraza, ganando una planta, con cerramientos de postes y cerchas metálicas, sandwiches de chapa y acero y revestimientos de madera y escayola (folio 139).

Este edificio estaba según el Plan General de 1986 calificado, como espacio libre Grupo I parque. De conformidad al art. 7.2.4 de las Normas Urbanísticas sólo se podía construir el 5 % de la superficie. Esto es se podía construir 292,15 m². El edificio construido según la licencia de 1963 ya tenía más metros construidos. (704 m² en planta baja y 291 en planta primera) y por tanto debía calificarse como fuera de ordenación (art. 1.1.6.1.a del PGOU de 1986 y art. 60 de la Ley del Suelo de 1976). El proyecto de 1998 no era en absoluto legalizable pues según este último precepto en los edificios fuera de ordenación sólo son susceptibles de realizar obras de ornato, higiene y conservación y en ningún caso obras de aumento de volumen.

Se hubiera podido mantener incluso como uso recreativo como tal el edificio de 1962, pero las ampliaciones de la planta intermedia y el cerramiento total de la planta calle hacen que se quiere aumentar el volumen, algo prohibido por la Ley.

Se dice que en el PGOU de 2001 está autorizado el uso como tal dado que se trata de equipamientos de titularidad privada que se mantiene como tal y que pueden sustituir los usos e incorporar usos coadyuvantes (art. 8.2.12 del PGOU de 2001) con edificabilidad de 1 m²/m² sobre superficie bruta (art. 8.2.10) sin embargo ha de indicarse que la entidad actora al referirse al mantenimiento de la titularidad privada (que aquí no se cuestiona) extiende la misma a usos ya permitidos en coexistencia con los usos principales (art. 8.2.10) y aquí precisamente lo que no consta se haya producido es una autorización de usos no deportivos, como los que se solicita en la licencia objeto del recurso, no cabe por tanto la permanencia de actividades ajenas si éstas no estaban amparadas por la pertinente licencia. Si se interpretase esa permanencia de usos como la parte, no estaríamos hablando de permanencia de usos, sino de instauración de usos distintos de los principales, que no ha de olvidarse en el nuevo Plan son parte Sistema General Urbano y parte equipamiento deportivo público 1.55. Usos ajenos al de Bar Restaurante, no vinculado con la instalación deportiva.

También se dice que según un informe del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación de 15 de marzo de 2006, el uso y la compatibilidad con el planeamiento es perfecto pues el Proyecto de modificación del ámbito U-9, satisface las condiciones de los arts. 8.2.13 y 8.2.14. Sin embargo desconociendo absolutamente el proyecto de la mera lectura de ese informe, no puede extraerse la consecuencia que se indica, entendiéndose que como el nuevo proyecto es compatible con el planeamiento, también lo es el edificio en el que se ejecuta la actividad.

Más bien y dado que se trata de un edificio que se encontraba fuera de ordenación en el año 1998 y que se sitúa parcialmente al menos en un espacio destinado a equipamiento en el planeamiento el mismo sigue considerándose como fuera de ordenación (art. 3.1.1.1 del PGOU de 2001) en el momento vigente y por tanto no procede la autorización de aumento de volumen que se solicita (art. 3.1.1.2 del PGOU de 2001 y art. 70 de la Ley 5/99 Urbanística de Aragón).

No siendo compatible el edificio con el ordenamiento urbanístico no puede entenderse concedida la licencia urbanística por silencio y procede desestimar el recurso.

CUARTO.- Se dice que ha habido indefensión y falta de contradicción por no haberse tenido en cuenta las alegaciones a la propuesta de denegación.

Ha de reiterarse que se trata de un defecto que no ha podido ocasionar indefensión a la parte que ha tenido ocasión de defensa durante toda la tramitación del expediente y en este recurso, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el art. 63.2 de la Ley 30/92 no procede la nulidad que se interesa que en cualquier caso, sólo permitiría la retroacción procedimental, contraria al principio de economía procesal en estos momentos.

QUINTO.- Tampoco se infiere de lo actuado un abuso de posición de la Administración, como si denegase la licencia por el sólo motivo de negociar en mejores condiciones la posterior expropiación, pues no puede olvidarse que la inicial denegación de licencia, lo fue en el año 2002, cuando el proyecto ni siquiera estaba pensado.

Por todo lo dicho debe confirmarse la actuación recurrida, sin que exista por tanto obligación de indemnización alguna al ser conforme a derecho la denegación de la licencia.

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

FALLO

Desestimar el presente Recurso nº 187/2006 interpuesto por la procuradora D^a. B.R.V. en nombre y representación de Y.S.L. y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar ser conforme a derecho la actuación recurrida que se confirma.

SEGUNDO.- No hacer expresa imposición de las costas devengadas en el presente proceso.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, el Ilmo Sr. D. Juan Carlos Zapata Hjar, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Zaragoza.