
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 1 DE ZARAGOZA
Procedimiento Ordinario n° 76/2006. Sentencia n° 372 (28-11-2007)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DE CLAUSURA DEFINITIVA. BAR.

Procedencia. Inexistencia de licencia urbanística y denegación de licencia de apertura.

Inexistencia de licencia de apertura no obtenida por silencio, terreno no acreditado enclavado en dominio público hidráulico.

Obra incompatible con el planeamiento. Uso bar restaurante no vinculado al uso deportivo. Edificio fuera de ordenación, improcedencia aumento de volumen.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Juan Carlos Zapata Híjar

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 n° 1 de Zaragoza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente "Y.S.L." representada por la Procuradora D^a B. y defendida por el Letrado D. J.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a N. y defendido por el Letrado D^a M.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 7 de febrero de 2006 por la que se decreta la clausura y cierre de la actividad de Bar Especial en Paseo Echegaray y Caballero, s/n, por carecer de las respectivas licencias municipales para el ejercicio de la actividad (exp. 1.200.859/05).

TERCERO.- Procedimiento:

Interposición del recurso el 14 de febrero de 2006.

Demanda el 30 de mayo de 2006.

Contestación a la demanda el 30 de junio de 2006.

Apertura del pleito a prueba el 3 de julio de 2006, practicándose por la actora prueba pericial judicial contable por el censor jurado de cuentas D. J. y aportación de informe del Medio Ambiente.

Conclusiones de la actora el 26 de febrero de 2007.

Conclusiones de la Administración demandada el 16 de marzo de 2007.

Concluso para Sentencia el 23 de marzo 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 por haber dictado una resolución contraria a derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el FJ X de la demanda.

4. Imposición de costas a los demandados.

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

1) D. J. 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, esta resolución constituye el objeto de recurso.

4) El día 23 de enero de 2006 se solicitó la licencia de puesta en funcionamiento que fue denegada por Resolución de 21 de febrero de 2006, recurso nº 187/2006 que ha sido tramitado ante este mismo Juzgado.

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) 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 licencia de instalación e indemnización no solicitadas en vía administrativa.

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

3. 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 y que por lo tanto el cierre es conforme a derecho.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- No procede estimar la causa de inadmisión que se plantea en la contestación a la demanda por la Corporación municipal.

Como veremos con más detenimiento más adelante, el motivo de defensa principal de este recurso es la existencia de licencia presunta, existencia que determinaría la nulidad del cierre. No puede por tanto considerarse que sea desviado solicitar expresamente, lo que constituye el motivo de defensa de la actora, que la actividad tiene licencia.

Es perfectamente posible de conformidad a lo dispuesto 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.

SEGUNDO.- Expuestos todos estos antecedentes y entrando en el fondo de la cuestión se ha de indicar que la entidad recurrente en ningún momento con anterioridad a la resolución que se impugna en este proceso dispuso de licencia de apertura que legitimase la actividad que estaba realizando y es sabido que esta licencia es imprescindible para realizar esta actividad de Bar o Bar especial, que es calificada de molesta por la licencia de instalación siendo preciso que se disponga de previa licencia de apertura (art. 34 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas Decreto 2414/61) dado que entra en aplicación el Reglamento de Espectáculos Públicos es precisa su autorización (art. 40 y ss del citado Real Decreto 2816/82). En el mismo sentido el art. 167 en relación con el art. 166 de la Ley 5/99 Urbanística de Aragón, establece que para ejercer cualquier actividad es precisa la “previa” licencia y también el art. 138 del Reglamento de actividades de Aragón Decreto 347/2002.

De ahí que sin previa Licencia no pueda ejercerse la actividad. La mera tolerancia, según constante jurisprudencia no permite tener por concedida la licencia y las licencias de obras y de instalación no permiten comenzar a explotar la actividad, si antes no se ha concedido la licencia de apertura. En el presente caso según consta no se ha concedido la licencia urbanística y denegada la de apertura y confirmada esa denegación en vía judicial, la decisión de clausura es el única decisión correcta, no pudiendo calificarse de sanción, sino de medida cautelar, como correctamente la califica la Administración. Siendo clandestina y calificada de esa forma en el sentido de no tener licencia de apertura, aunque la actividad se haya llevado a cabo desde hacía mucho tiempo y tuviera licencia urbanística.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en precedentes que son de aplicación al caso SSTs 27 de febrero de 1996 (ED 745) y de 13 de julio de 2000 (ED 32762).

La única causa que pudiera determinar la disconformidad a derecho del acto recurrido, es que se hubiera obtenido con carácter previo la licencia de apertura, bien de forma expresa o de forma tácita por silencio administrativo. Licencia que como es sabido precisa de una previa la urbanística, lo que nos lleva a plantearnos la cuestión principal de este pleito.

Si la entidad recurrente ha obtenido o no por silencio administrativo *la licencia urbanística solicitada*. Y ello porque si esto es así, no habría motivo formal o material alguno para no considerar que también debió concederse la licencia de puesta en funcionamiento prevista en la Ley 11/2005 (recurso nº 187/2006).

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, quien 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 C.R., 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 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, sándwiches 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 m²), 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 interpreta 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 resolicita (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, dado que el cierre según lo indicado es conforme a derecho.

CUARTO.- Por todo lo dicho debe confirmarse la actuación recurrida, sin que exista por tanto obligación de indemnización alguna al ser conforme a derecho el cierre de la actividad.

QUINTO.- 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 N° 76/2006 interpuesto por la procuradora D^a. B. 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 Híjar, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza.