
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA
Procedimiento Ordinario nº 198/2006-A2. Sentencia nº 395 (13-12-2007)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE APERTURA. DENEGACIÓN. BAR-RESTAURANTE.

Procedencia. 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 en el recurso.

Abuso posición Administración. Inexistencia.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Alfonso Tello Abadía

En la ciudad Zaragoza, a trece de Diciembre de dos mil siete.

Vistos por mí, D. José Alfonso Tello Abadía, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 198/06, seguidos a instancia de Y.S.L. representado por la Procuradora Sra. R. y defendido por el Letrado Sr. J., contra la resolución del Ayuntamiento de Zaragoza de 21-02-06 del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo por la que se denegó la licencia de apertura del ejercicio de actividad Bar restaurante sito en Paseo Echegaray y Caballero s/n, representada por la Procuradora Sra. C. y defendida por la Letrada del Ayuntamiento de Zaragoza Sra. M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2-05-06 fue turnado a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta ciudad, escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución arriba indicada. Mediante proveído de fecha 3-05-06 se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración Demandada. Recibido con fecha 7-07-06 y después de una ampliación del expediente administrativo, se dió traslado a la demandante que con fecha 8-09-06 presentó demanda.

Mediante resolución de 11-09-06 se tuvo por evacuado el trámite y se dió traslado a la defensa de la Administración para que contestase la demanda, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado a 10-10-06. Mediante auto de fecha 16-10-06 se fijó la cuantía del presente procedimiento y se abrió el recurso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en autos.

Con fecha 9-02-07 se declaró concluso el periodo probatorio y mediante resolución de 20-03-07 quedó el recurso para sentencia.

SEGUNDO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales a excepción del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se refiere el presente recurso contencioso administrativo a la resolución de fecha 21/02/2006 por la que el Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza denegaba la solicitud de licencia de apertura para la actividad de bar-restaurante situado en Paseo Echegaray y Caballero s/n de esta Ciudad de Zaragoza. Señala el actor que existe un error en la resolución, que no había solicitado una licencia de apertura, sino de las previstas en el art. 34 del RAMINP. Sea como fuere, el discurso del actor giraba esencialmente sobre la obtención de la correspondiente licencia urbanística mediante silencio administrativo

de contenido positivo, así se refería a que había dado cumplimiento a lo que se indicaba en la Sentencia de 31/07/2003 de éste mismo Juzgado, había denunciado la mora y ya coexistían motivos para entenderlo de otra manera. Es cierto que de ser como dice la parte, no existirían motivos para denegar la autorización que solicita.

Así las cosas, como conocen perfectamente las partes, el mismo demandante interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 21/02/2.006 en la que se deniega la licencia de puesta en funcionamiento del art. 17 de la Ley 11/2.005 (exp. 65.747/06) seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de esta Ciudad como Procedimiento Ordinario 187/2006 en el que se ha dictado sentencia de fecha 28/11/2.007. En dicho recurso se venía a sostener idéntico argumento que en el presente: la concesión de la licencia de actividad por silencio administrativo y se desestimaba por razones que aquí son de asumir:

“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 ese 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, salva 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 ésa 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, 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 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 invoca, 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 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.”

Resueltas en la sentencia de referencia las cuestiones planteadas en este recurso y no existiendo motivo para resolver de manera diferente, no procede sino aplicar lo dicho y desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto puesto contra la actividad identificada más arriba.

SEGUNDO.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes por no apreciar temeridad o mala fe en sus respectivas posturas en los términos del art. 139 de la LJCA.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Y.S.L. contra la resolución de fecha 21/02/2006 por la que el Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza denegaba la solicitud de licencia de apertura para la actividad de bar-restaurante situado en Paseo Echegaray y Caballero s/n de esta Ciudad de Zaragoza.

SEGUNDO.- No imponer las costas a ninguna de las partes.

Así por esta mi sentencia contra la que se puede interponer recurso de Apelación dentro de los QUINCE días siguientes a su notificación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, lo pronuncio, mando y firmo.