

**TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA**

LICENCIA DE APERTURA. DENEGACIÓN. BAR.

Procedencia. Denegación previa por Ayuntamiento de la licencia de actividad.

Nuevo cambio de titularidad, improcedencia ante la inexistencia de licencia.

Entrada en vigor de zonas saturadas, imposibilidad concesión de nueva licencia.

No clausura establecimiento y local en condiciones técnicas, no argumentos para otorgar nueva licencia.

**Fallo:** Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

---

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Juan Carlos Zapata Híjar

En Zaragoza a 5 de diciembre 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 del recurso:**

Recurrente R.E.,S.L. representada por el Procurador D. A.B.C. y defendida por el Letrado D. V.B.C.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D<sup>a</sup> N.C.A. y defendido por el Letrado D. C.G.P.

**SEGUNDO.- Actuación recurrida:**

Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 19 de abril por la que se deniega a la recurrente licencia de apertura para la actividad de Bar de la Ordenanza de Distancias Mínimas de zona saturada "F" (exp. 3171788/99).

Contestación a la demanda el 20 de octubre de 2005.

Apertura del proceso a prueba el 25 de octubre de 2005, practicándose por la parte recurrente documental. Conclusiones de la parte recurrente el 21 de febrero de 2005.

Conclusiones de las demandadas el 9 de marzo de 2005.

Concluso para Sentencia el 20 de marzo de 2005.

**CUARTO.- Cuantía:** Indeterminada.

**QUINTO.- Pretensiones de la parte recurrente:**

1. Estimación de la demanda y Nulidad de los actos recurridos.

2. Que se conceda la licencia urbanística al Sr. L.M. solicitada en 1983 y licencia de apertura a la actora.

3. Subsidiariamente se retrotraiga el expediente para conceder plazo para subsanación para insonorizar el local.

4. Subsidiariamente se conceda licencia urbanística, de actividad, o de instalación, por haber sido concedida a otro establecimiento del mismo inmueble licencia.

**Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.**

a) El Sr. L.M. solicitó licencia urbanística en enero de 1983 (exp. 103.375/83). Se le requirió en varias ocasiones para que subsanase medidas correctoras por ruido (28), al no cumplir lo requerido se denegó la licencia por Resolución de 19 de julio de 1985. Al no haber sido acordada la licencia consta en el expediente Providencia de Alcaldía de 28 de febrero de 1992 (folio 71) por la que se clausura el local, ejecutándose el 13 de marzo de ese año. Con posterioridad se permitió la apertura sólo para insonorizar el local (86). Procediéndose al archivo de

ese expediente en enero de 1995 al haber solicitado nueva licencia (99). El 8 de octubre de 1999 (folio 1 exo, 3171788/99), solicita la actora licencia de apertura. Tras requerimiento se aportó cesión de derechos de D. L.M. a la actora (32). Dado que no constaba ningún tipo de licencia concedida (44). Se le informó por escrito de 30 junio de 2004 que por haber sido solicitada tras la entrada en vigor de la Ordenanza de Distancias Mínimas de 2000 iba a ser denegada (46). Tras las alegaciones oportunas se dictó la resolución que constituye el objeto de este pleito la denegación de la licencia de apertura al haber sido denegada la licencia urbanística y no haber recurrido la misma.

b) Alega que se le aplica de forma retroactiva una Ordenanza posterior a la petición de licencia.

c) Considera por tanto que la denegación de la licencia que se ha hecho en base a la Ordenanza de Distancias Mínimas de 28 de febrero de 1990 que prohíbe la instalación de nuevas actividades no es conforme a Derecho. Dado que el Bar ya estaba anteriormente en funcionamiento y lo que único que ha habido es un cambio de titularidad.

d) Entiende que es de aplicación el art. 70 de la Ley Urbanística de Aragón que permite obras de conservación, manteniendo el uso.

e) Alega el principio de menor restricción en las autorizaciones o licencias, el principio de que lo que “no está prohibido, está permitido”, libertad de empresa, proporcionalidad e igualdad.

#### **SEXTO.- Pretensiones de la Administración demandada:**

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

2. Imposición de las costas causadas al recurrente

#### **Resumen de los motivos de oposición al recurso.**

a) La licencia se ha denegado al no constar licencia urbanística.

b) Alega la Administración demandada que el local de la recurrente nunca ha tenido licencia de instalación, ni de apertura municipal. No estamos por tanto ante un mero cambio de titularidad, sino ante una nueva petición de licencia de instalación. Dado que esta petición se presentó con posterioridad a la entrada en vigor de la Ordenanza de Distancias Mínimas y al Acuerdo de Declaración de Zonas Saturadas de 1995, entonces era de aplicación la previsión de no instalación de nuevos establecimientos, pues la solicitud fue posterior.

c) Entiende que el hecho de haber pagado tributos locales y la pasividad de la Administración municipal, no permite conceder la licencia que se solicita.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Ha de comenzar indicándose que sin licencia urbanística, de instalación o de actividad como quiera decirse no puede concederse licencia de apertura que en la época en que fue solicitada lo era a los efectos de controlar si las obras se atienen al proyecto y si se cumplen las condiciones de la actividad recogidas en esa licencia.

En la resolución se indica que se denegó la licencia urbanística y que por ello no es posible conceder la de apertura. Este es el dato fáctico fundamental para la resolución de este pleito. En su día se le denegó al Sr. L.M. la licencia, por lo que cuando en el año 1999 se presenta licencia de apertura por la entidad actora, ésta no se puede conceder, al no constar la inicial de instalación o urbanística.

En base a ello ha de confirmarse el acto recurrido.

**SEGUNDO.-** Los hechos expuestos no permiten entender que el establecimiento ya tenía licencia, ni son suficientes para concederla tal y como se solicita. Por un lado por que es constante doctrina jurisprudencial que la pasividad municipal y el pago de tributos, no es suficiente para la concesión de la licencia. Según se dice en la Sentencia de 26 de junio de 1998 (ED 17526), citada en contestación a la demanda “*cuando se trata de una actividad comprendida en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, dicha actividad está sujeta a la obtención de la correspondiente licencia como presupuesto para su ejercicio, sin que, como señala conocida jurisprudencia*

*(Sentencias, entre otras, de 23 de noviembre de 1987 y 22 de mayo de 1993), dicha falta de licencia pueda suplirse por el transcurso del tiempo; en segundo lugar; que asimismo es doctrina reiterada y conocida (Sentencia de 22 de mayo de 1993 y las que en ésta se citan) que el conocimiento de una situación de hecho por la Administración municipal y hasta la tolerancia que pueda implicar una actitud pasiva de ella ante el caso de que se trate, no puede ser equivalente al otorgamiento de la correspondiente autorización municipal legalizadora de la actividad ejercida sin que tampoco el abono de tasas de apertura implique el otorgamiento de la licencia, en tercer lugar; que asimismo este Tribunal viene reiteradamente declarando que una actividad ejercida sin licencia se conceptúa como clandestina, y que como situación irregular puede en cualquier momento ser acordado su cese».*

Si como se ve el establecimiento debía haber obtenido la pertinente licencia municipal y ésta fue denegada en el año 1985, no puede considerarse que estemos ante una mera petición de cambio de titularidad, pues para ello sería preciso que con anterioridad el establecimiento tuviera licencia "municipal" a nombre del anterior titular del negocio y tampoco es de aplicación ninguna norma transitoria de la Ordenanza de Distancias Mínimas de 1990 y declaración de zonas saturadas de 1995, pues como se expresa en la misma, será preciso que con anterioridad a su entrada en vigor se hubieran solicitado las oportunas licencias y éstas estuvieran en trámite, extremos que como ha quedado dicho no concurrían en el presente caso, cuando la licencia fue denegada.

Así las cosas y como a partir de la entrada en vigor de la Declaración de Zonas Saturadas no es posible la concesión de nuevas licencias en la zona donde se ubica el local al tratarse de una nueva petición, no existe motivo jurídico alguno por el que no pueda ser de obligada aplicación la Ordenanza que se encontraba en vigor, a la fecha de petición, esto es la de Declaración de Zonas Saturadas.

Por estos motivos también ha de desestimarse el recurso.

**TERCERO.-** Ninguna de las alegaciones efectuadas, o motivos de impugnación del acto recurrido son suficientes para estimar el recurso.

No es de aplicación al caso el art. 70 de la Ley Urbanística de Aragón, ni la Sentencia de este Juzgado alegada, pues en aquél supuesto se trataba de la denegación de una licencia por la existencia de una chimenea no legalizada, lo que evidentemente no es el caso. Tampoco podemos aplicar las doctrinas relativas al principio de menor restricción o de que lo que no está prohibido debe permitirse. Aquí estamos en presencia de una petición de licencia que fue en su día denegada, contra la que no se interpuso recurso alguno y que ahora y tras la entrada en vigor de la Ordenanza de Distancias Mínimas no es posible rehabilitar, por mucho que el Ayuntamiento no haya clausurado antes la misma, o por mucho que el local esté en condiciones técnicas de ser explotado. Esta limitación no vulnera el principio de libertad de empresa, ni puede tacharse de desproporcionada, cuando es una aplicación bien que tardía de la normativa en vigor en este municipio.

En relación al principio de igualdad no se ha acreditado un término de comparación, pues no se conoce si el local de la misma calle que obtuvo licencia, cumplió o no los requerimientos en su día solicitados, pues no debe olvidarse que esto fue la causa de la inicial denegación de licencia.

**CUARTO.-** 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 213/2005 interpuesto por el Procurador D. A.B.C. en nombre y representación de R.E.,S.L. y en consecuencia:

**PRIMERO.-** Declarar ser conforme a Derecho las actuaciones recurridas que se confirman.

**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.

### **AUTO**

Habiendo visto los presentes Autos el Ilmo. Sr. Magistrado Juez, con destino en este Juzgado, D. JUAN-CARLOS ZAPATA HÍJAR.

En ZARAGOZA, a diecisiete de enero de dos mil siete.

### **HECHOS**

**UNICO.-** Con fecha 18 de diciembre de 2006 por el Procurador Sr. B.C., se presentó escrito interesando subsanación de Omisión y Complemento en Sentencia nº 398/06 dictada en los presentes autos el 5-12-06, dándose traslado del mismo a la parte demandada por un plazo de cinco días, y no habiendo presentado ninguna alegación al citado escrito.

### **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**UNICO.-** Se alega omisión en la Sentencia por la parte actora indicando que no se ha hecho pronunciamiento alguno sobre la pretensión de retroacción del expediente para conceder plazo para subsanación a los efectos de insonorizar el local.

Dado que en la Sentencia se confirma la decisión municipal de denegación de licencia de apertura al constar denegada la licencia urbanística y no ser posible la tramitación de una nueva licencia por efecto de la aplicación de la Ordenanza de Distancias mínimas y la de zonas saturadas, no se hizo especial mención a esta pretensión que por lo dicho es de imposible concesión y que se deducía de lo razonado en la Sentencia, máxime si se desestimaba en su totalidad el recurso. En la medida en que sirva para aclarar la cuestión, se subsana en el cuerpo de esta resolución.

En atención a lo expuesto este Juzgado.

### **ACUERDA**

**Ha lugar a la subsanacion de omisión que se solicita, añadiendo en el fallo de la sentencia que tambien se se desestima la pretensión subsidiaria suscitada.**

Así por este Auto lo acuerda, manda y firma, el Magistrado-Juez. De lo que el Secretario Judicial de este Juzgado doy fe.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA**  
**Recurso de apelación nº 129/2007. Sentencia de 09/06/2011**

**TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA**

LICENCIA DE APERTURA. IMPROCEDENCIA. BAR.

Pasividad municipal y pago de tributos, no suficiencia concesión de licencia.

No aplicación disposiciones transitorias Ordenanza Distancias Mínimas y declaración Zonas Saturadas.

No solicitud de licencias antes de la entrada en vigor anterior normativa.

No vulneración del principio de libertad de empresa, no desproporción de la medida.

Principio de igualdad no aplicación al no acreditarse termino idóneo de comparación.

**Fallo:** Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

**Ilmos. Sres.**

**PRESIDENTE**

D. Ricardo Cubero Romeo

**MAGISTRADOS**

D. Jesús-María Arias Juana

D<sup>a</sup> Isabel Zarzuela Ballester (*Ponente*)

D<sup>a</sup> Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a nueve de junio de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, Sección Primera, en grado de apelación, el recurso número 213 de 2005, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Zaragoza, rollo de apelación número 129 de 2007, a instancia de la mercantil R.E.,S.L., representado por el Procurador D. A.J.B.C. y asistida por el Letrado D. V.B.C. y como apelada, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA; representado por la D<sup>a</sup> N.C.A. y asistida por el Letrado D. C.G.P.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Zaragoza dictó Sentencia, de fecha 5 de diciembre de 2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal, "*FALLO: Desestimar el presente recurso N° 213/2005, interpuesto por el Procurador D. A.B.C. en nombre y representación de R.E.,S.L., y en consecuencia PRIMERO: Declarar ser conforme a Derecho las actuaciones recurridas que se confirman. SEGUNDO: No hacer expresa imposición de las costas devengadas en el presente proceso.*"; y auto aclaratorio de fecha 17 de enero de 2007, en el que se acuerda "*Ha lugar a la subsanación de omisión que se solicita, añadiendo en el fallo de la sentencia que también se desestima la pretensión subsidiaria suscitada*".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia, por la actora, se interpuso recurso de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la estimación del recurso promovido; siendo admitido en ambos efectos dicho recurso y dándose traslado a la otra parte para que pudieran formalizar su oposición al mismo, lo que así hizo la representación de la Administración demandada.

**TERCERO.-** Remitidas las actuaciones a esta Sala y turnadas a esta Sección 1<sup>a</sup>, se celebró la votación y fallo del recurso el día señalado.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Constituye el objeto de este recurso de apelación determinar la conformidad o no a derecho de la sentencia del Juzgado de instancia que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil R.E., contra el acuerdo de la Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 19 de abril de 2005 por la que se deniega a la recurrente licencia de apertura para la actividad de Bar sito en C/ Riela nº 8 Local Dcha. incluido en la Zona Saturada F, al haber resultado denegada la

licencia urbanística y de actividad mediante acuerdo adoptado por Alcaldía-Presidencia de 19 de julio de 1985.

**SEGUNDO.-** La Sentencia apelada, tras precisa y concreta fundamentación que aquí se da por reproducida, concluye, en esencia, que sin licencia urbanística, de instalación o de actividad no puede concederse la licencia de apertura que en la época en que fue solicitada, lo era a los efectos de controlar si las obras se atienen al proyecto y si se cumplen las condiciones de la actividad recogidas en esa licencia. En su día se denegó al Sr. L.M. la licencia, urbanística, por lo que cuando se presenta licencia de apertura por la entidad actora, no se puede conceder, al no constar la inicial de instalación o urbanística, ni puede concederse ahora en aplicación de la Ordenanza de Declaración de Zonas Saturadas; la pasividad municipal y el pago de tributos no es suficiente para la concesión de la licencia; no estamos ante una mera petición de cambio de titularidad para lo que sería preciso que con anterioridad el establecimiento tuviera licencia “municipal” a nombre de anterior titular del negocio y tampoco es de aplicación ninguna norma transitoria de la Ordenanza de Distancias Mínimas de 1990 y declaración de zonas saturadas de 1995, para lo que sería necesario que con anterioridad a su entrada en vigor se hubieran solicitado las oportunas licencias y éstas estuvieran en trámite, lo que no ocurre en el presente caso; no es de aplicación al caso el artículo 70 de la Ley Urbanística de Aragón, ni la sentencia de ese Juzgado alegada por la actora por tratarse de supuesto distinto, no se puede aplicar las doctrinas relativas al principio de menor restricción de que lo que no está prohibido está permitido, al estar en presencia de una petición de licencia que fue en su día denegada contra la que no se interpuso recurso alguno y que ahora y tras la entrada en vigor de la Ordenanza de Distancias Mínimas no es posible rehabilitar por mucho que el Ayuntamiento no haya clausurado antes la misma, o por mucho que el local esté en condiciones técnicas de ser explotado. Esta limitación no vulnera el principio de libertad de empresa, ni puede tacharse de desproporcionada, cuando es una aplicación bien que tardía de la normativa en vigor en este municipio. Y respecto al principio de igualdad no se ha acreditado un término de comparación pues no se conoce si el local de la misma calle que obtuvo licencia, cumplió o no los requerimientos en su día solicitados, pues no debe olvidarse que esto fue la causa de la inicial denegación de licencia. En definitiva, considera la resolución administrativa recurrida, que deniega la licencia de apertura para la referida actividad, dado que no existía licencia de instalación concedida que la amparase, ajustada a derecho

El recurrente discrepa de la sentencia insistiendo, en primer lugar, en la vulneración del principio de igualdad en relación con la licencia de apertura concedida al bar C., sito en C/Ricla, nº 18, local izda., de esta Ciudad, por hallarse ambos locales en el mismo supuesto fáctico. Entiende que la cuestión ha de versar sobre si cumple actualmente los requisitos legales y técnicos para obtener licencia para su bar y no sobre si existía o no anterior licencia, estando disconforme con el razonamiento del Juzgador de instancia sobre que no teniendo el local de la actora licencia con anterioridad a la aprobación de la Ordenanza de Distancias Mínimas, por ser un establecimiento abierto al público mucho antes de la entrada en vigor de la Ordenanza y no un negocio de nueva creación; posibilidad de obtener ambas licencias juntas y reproducción en su mayor parte de los demás argumentos expuestos en la demanda en defensa de la pretensión anulatoria; así como cita y reproducción de sentencias de esta Sala.

Los motivos de impugnación no pueden prosperar y esta Sala no puede sino compartir los razonamientos del Tribunal de instancia, y es que, como con total acierto razona en la sentencia, si no existía licencia de actividad previa, no era posible obtener la de apertura o funcionamiento. Por otra parte, así se entendió desde el primer momento, al ponerse de manifiesto por el Servicio de Disciplina Urbanística en fecha 30 de junio de 2004 que su solicitud de licencia de apertura incumplía la normativa de aplicación, al carecer de licencia previa de acondicionamiento e instalación para tal actividad por lo que se iba a elevar propuesta de denegación y clausura, concediéndole plazo de alegaciones, evacuándose dicho traslado, dando lugar primero a que se formulara tal propuesta y después a la resolución recurrida. Resolución que es conforme a derecho desde el momento en que la actividad no contaba con la preceptiva licencia urbanística y de

actividad, la cual le había sido denegada por resolución de 19 de julio de 1985, contra la que no se interpuso recurso alguno. Y la falta de obtención de la preceptiva licencia urbanística y de actividad necesariamente conlleva la denegación de la licencia de apertura, pues no puede olvidarse que ésta sólo puede otorgarse o denegarse, tras la concesión de aquélla y previa la inspección oportuna. Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 2001, “ciertamente el Reglamento de Actividades Molestas no emplea de norma explícita la expresión licencia de apertura, pero distingue en su artículo 34 entre la obtención de la licencia de instalación y la realización válida de la actividad, prescribiéndose en este precepto que acaba de citarse que aquella actividad no puede ejercerse hasta que medie una nueva autorización tras comprobarse las prescripciones técnicas, regulándose dicha comprobación en los artículos 36 a 38 del Reglamento de Actividades Calificadas”.

Al haber sido expresamente denegada la licencia de acondicionamiento e instalación interesada, se insiste, no podía sino denegarse la de apertura; sin perjuicio, claro está, de que una eventual resolución que, finalmente, concediera la licencia de instalación pretendida determinaría el inicio de las actuaciones comprobación necesarias para el otorgamiento de la preceptiva licencia de apertura.

Por último, tampoco es apreciable la invocada vulneración del principio de igualdad que la sentencia rechaza, por cuanto no se acredita término idóneo de comparación, que no podría invocarse en la ilegalidad, y, señala la Administración demandada, no es término idóneo la licencia aportada con de apelación -documento Uno-, de otro local de la misma calle que obtuvo licencia de apertura, porque, el solicitante, en el caso que se intenta comparar, contaba con licencia urbanística concedida en expediente nº 550470/1987 -condición 9ª punto segundo-. Tampoco los supuestos que se examinan en las sentencias de esta Sala que reproduce el recurrente corresponden al supuesto examinado en el presente caso

Por consiguiente, y sin necesidad de mayores consideraciones, procede desestimar el recurso de apelación.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas del recurso de apelación a la apelante al desestimarse el mismo, y no apreciar la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

En atención a lo expuesto este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente:

### **FALLO**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la mercantil R.E.,S.L., contra la sentencia del Juzgado, de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Zaragoza de fecha 5 de diciembre de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 213 de 2005.

**SEGUNDO . -** Imponer las costas del recurso de apelación al recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los Autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.