

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA Y DE ACTIVIDAD CLASIFICADA.

Ampliación boxes lavado gasolinera. Denegación improcedente.

No edificación.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a catorce de Febrero 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 208/10-AM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente la mercantil C.A.D.,S.L. representada por el Procurador Sr. G.N. y asistida por el Letrado Sr. Z.M. y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora Sra. C., sustituida posteriormente por su compañera Sra. S.S., y asistido por la Letrada Sra. S.G., sobre LICENCIA URBANÍSTICA AMPLIACION BOXES DE LAVADO EN GASOLINERA, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 06/05/10 se interpuso por C.A.D.,S.L. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

“Resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo, adoptada en fecha 09.03.10, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por C.A.D.,S.L. contra la resolución de 21.10.08 por la que se denegó la licencia urbanística y de actividad clasificada para ampliación de boxes de lavado de la gasolinera sita en Avda. Cataluña nº 44 (Expte. 1.356.395/08)”.

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.

TERCERO.- Que mediante Decreto de fecha 18.10.10 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Recibido el procedimiento a prueba, por la recurrente se solicitó testifical-pericial, admitiéndose la misma y practicándose tal como queda constancia en las actuaciones).

Finalizado el periodo probatorio se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados por las partes y quedando los Autos para dictar Sentencia

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Consejo de Gerencia Municipal de

Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 5-9-2010 por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 21-10-2008 que había denegado la licencia urbanística y de actividad clasificada de ampliación de boxes de lavado de gasolinera en Avenida de Cataluña, 44.

Se alega que se obtuvo por silencio administrativo la licencia, así como, subsidiariamente, que tiene derecho a obtener tal licencia.

SEGUNDO.- En relación al silencio positivo, que se invoca conforme al art. 176 de la LUA 5/1999, puesto que se habría pedido la ampliación el 23-12-2005 y la denegación no tuvo lugar hasta el 21-10-2008, hay que tener en cuenta que no se pueden obtener licencias por silencio positivo contra la legislación o el ordenamiento urbanístico, según el mismo precepto, con lo cual es obligado el examen del fondo de la cuestión, ya que, si había razones legales para denegar la licencia, no se habría producido el silencio positivo en ningún caso, y si, por el contrario, no las había, tendría derecho a la misma en todo caso. Lo relevante es que, de tener derecho a la licencia, ello quiere decir que no habría habido obstáculos a obtenerla en su momento (salvo el supuesto excepcional de que no tuviese derecho a pedirla y una modificación normativa posterior lo hubiese hecho nacer), con lo cual el derecho a la licencia, a los efectos que procedan, se habría producido desde que tuvo lugar el silencio. Al haberse pedido el 23-12-2005, y ser conjunta de actividad y urbanística, se habría obtenido, conforme al art. 175 LUA, el 23-4-2006.

TERCERO.- En cuanto al fondo de la cuestión, el motivo de la denegación es el incumplimiento del art. 2.2.13.3 del PGOU, relativo a las áreas de movimiento de los edificios, en relación con el Estudio de Detalle de 9-11-2001.

Dicho precepto dice lo siguiente: “**Artículo 2.2.13. Áreas de movimiento.**

1. *Las condiciones de posición de un edificio, en todo o en parte, podrán definirse en este plan o en sus instrumentos de desarrollo mediante la representación gráfica de las áreas de movimiento de sus plantas, formadas por un perímetro cerrado dentro del cual los edificios que más adelante se proyecten deberán inscribirse por completo, cumpliendo, además, cuantas condiciones de posición y volumen les corresponda en función de la zona y grado en que se sitúen.*

2. *Las líneas que definen el área de movimiento constituirán límites máximos para la posición de las envolventes de los edificios, salvo que se indique expresamente su condición de alineaciones obligatorias, que también podrá derivarse de las normas genéricas de posición vigentes para la zona y grado.*

3. *Del perímetro de un área de movimiento solamente podrán sobresalir, de acuerdo con la regulación establecida por las ordenanzas específicas, los aleros y los vuelos sobre la vía pública, en el caso en que la fachada del edificio se alinee con ella.”*

Al respecto, el Ayuntamiento, en concreto en los informes de 29-11-2007 y 6-10-2008, entiende que los boxes de lavado de coches, a despecho de estar formados por paneles y techos desmontables y atornillados, destinados a la función de lavado, evitando que el agua salga fuera del recinto, entiende que les es de aplicación el concepto de edificación de la Ley de Ordenación de la Edificación, y que por ello se incluyen dentro del 2.2.13.3.

Nos encontramos, por tanto, con un problema interpretativo, que parte del art. 2 de la LOE 38/1999 de 5 de noviembre. El mismo dice “2. *Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el art. 4, las siguientes obras:*

a) *Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.*

b) *Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.*

c) *Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones*

catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección”.

Aún cuando se acepte que pueda acudir, a falta de una definición para edificación por parte de la LUA o del PGOU, a la Ley de Ordenación de la Edificación, dada su pretensión genérica, ínsita en su propio nombre, de “ordenación de la edificación” -lo que hace innecesario acudir a las exhaustivas propuestas alternativas que hace la Letrada municipal por relación a otras normas- el examen de la misma nos lleva a conclusiones contrarias de las que hace el Ayuntamiento, el cual ha prescindido de los conceptos naturales o semánticos de las propias palabras que emplea la norma. Como ahora se verá, hay dos argumentos acumulativos que obligan a estimar el recurso.

En primer lugar, porque no estamos ante una edificación. Así, el análisis del art. 2.2 LOE nos dice: “*2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el art. 4, las siguientes obras*”. Por tanto, vincula la edificación a la palabra obra. Esta se define, según el diccionario de la RAE, y en las acepciones que nos interesan, como “*1. f. Cosa hecha o producida por un agente. 4.f. Edificio en construcción. En este lugar hay muchas obras.*” Es decir, hace referencia a algo que se hace, y no a algo que simplemente se monta y está prefabricado.

Por otro lado, cuando se definen las obras en los párrafos siguientes y, en lo que nos interesa, en el a, que dice “*a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta*”, parece excluirse claramente lo que no sea propia y verdadera construcción de un edificio. Aun cuando se discrepe de la diferenciación que hace la recurrente entre edificio y edificación, éstos tienen parte de su campo semántico coincidente. En concreto, el diccionario define edificación como “edificio o conjunto de edificios”, en una de sus acepciones, y no se ven razones para diferenciarlos en este caso. El concepto de edificio, por su lado, es “construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”. De todo ello se concluye que por edificio o edificación, que debemos tomar por sinónimos, hay que entender la construcción permanente o fija, lo que viene constituido por la idea de algo que se hace, no que se monta o instala, así como por la de que es fijo o tiene vocación de ello. Esto hace que no pueda incluirse en tal concepto una instalación como la de autos, que además carece de cierre y que no tiene elementos fijos, destinados a perdurar, pudiendo ser alterados en cuanto a su existencia o sólo respecto de su configuración de una manera sencilla y rápida. En tal sentido, la STS de la sala 1ª, invocada por la parte, dice “*En general, existe coincidencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica en dicha materia y ambas entienden que habrá de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino, plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de otra subsistente; estar destinada a una duración razonablemente larga, y, por último, poseer como objetivo la habitación humana u otro similar*”.

Finalmente, el 2.1 de la misma LOE define la edificación como “*proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado*”.

Por tanto, no quedaría incluido en el concepto del párrafo a.

CUARTO.- El segundo argumento o motivo es que aunque se admitiese que, por su carácter más o menos estable, pudiese incluirse en dicho concepto de edificación, estaría dentro de la excepción que el propio precepto regula, que exige 5 condiciones. En efecto, el propio informe de 29-11-2007 reconoce que se dan 4 de las condiciones para la excepción, es decir la escasa entidad constructiva, la sencillez técnica, la falta de carácter residencial y el desarrollo en una sola planta. Se discute por el Ayuntamiento la otra condición, “*que no tengan de forma eventual o permanente carácter público*”.

En este sentido, ciertamente que es ambigua la expresión, pues entiende el Ayuntamiento que hace referencia al “uso público” y la recurrente a la “titularidad

pública”. En contra de la equivalencia con la idea de “uso público” está el hecho de que cuando se quiere incluir tal expresión, se hace de manera muy frecuente en la normativa, tanto legal como en la urbanística, haciéndose referencia al uso público o a la condición de “abierto al público” o expresión similar. Por otro lado, el concepto de público, empleado como alternativa a “residencial” prácticamente eliminando la excepción a la regla general, puesto que prácticamente toda alternativa imaginable a lo residencial es de un uso público de uno u otro tipo locales privados destinados al comercio o industria, edificios administrativos, religiosos, de espectáculos, etc. Además, si acudimos al punto 1 del art. 2, único, junto con el discutido, en el que se hace referencia a lo público, se dice lo siguiente: “1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, **público o privado**, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos”, y en este caso es mucho más claro que la dicotomía público y privado hace referencia a la titularidad, pues con tal referencia se pretende incluir dentro del ámbito de la Ley los edificios públicos, a los cuales les son aplicados los mismos conceptos y criterios que a los edificios privados. Aquí sí es claro que no tiene sentido entender que la alternativa es entre *uso privado* y *uso por el público o abierto al público*, sino que lo que se pretende es incluir a todo tipo de edificaciones, sin excepciones derivadas de la especial condición o destino de los edificios de titularidad pública. Pues bien, si aquí se emplea tal concepto en sentido de la titularidad, no tendría ningún fundamento que en el siguiente párrafo se emplease la misma palabra para definir otro concepto, -el del edificio destinado a actividad con acceso al público- en lugar de usar los muchos circunloquios o expresiones posibles como uso público, edificio abierto al público, edificio de acceso público, etc.

Finalmente, hay un argumento de sentido común, por comparación, y es que el mero hecho de haber una marquesina o un panel de separación no puede determinar que se hable de edificio a estos efectos, lo que convertiría en tales a los empleados, como alega la parte, para albergar una caseta de bebidas, o a las marquesinas de autobús o las de los mismos surtidores de gasolina, si las hay.

Por todo ello, procede estimar en su totalidad el recurso, y anular las resoluciones recurridas, reconociendo el derecho a la licencia, que, por lo antes razonado, se habría producido el 23-4-2006.

Ante todo ello, no resultan pertinentes las argumentaciones del Ayuntamiento sobre la comparación entre obras mayores y obras menores, pues al final la cuestión radica, para interpretar el 2.2.13.3 del PGOU, en si es un edificio o si, siéndolo, es de los que por su escasa entidad no pueden considerarse como tales.

QUINTO.- 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 estimando en su totalidad el recurso interpuesto por C.A.D.,S.L. contra la resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 5-9-2010 por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 21-10-2008 que había denegado la licencia urbanística y de actividad clasificada de ampliación de boxes de lavado de gasolinera en Avenida de Cataluña, 44, debo anular y anulo ambas, reconociendo haberse adquirido dicha licencia desde el 23-4-2006, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.