

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 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 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.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 55/2008. Sentencia nº 53 (08/02/2012)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO. DENEGACIÓN. BAR-RESTAURANTE.

Procedencia. Inexistencia de licencia de instalación. Edificio fuera de ordenación. Incompatibilidad de la obra con el planeamiento. Consecuencia ausencia de silencio positivo obtención licencia.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Jesús-María Arias Juana

MAGISTRADOS

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a ocho de Febrero de dos mil doce.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, Por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TRIBUNAL SUPERTOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, integrado por los Magistrados que al margen se relacionan, el recurso de apelación nº 55/08, interpuesto por el apelante Y.S.L. representado por el Procurador D^a B. y defendida por el Letrado D. F. y como parte apercibida el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora D^a N. y defendida por el Letrado D^a M.

Es objeto de apelación la sentencia de 28/11/2007 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno de los de Zaragoza por el Procedimiento Ordinario nº 187/2006 por la que se desestima el recurso Contencioso Administrativo contra resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 1 de febrero de 2006 por la que se le deniega a la recurrente licencia de puesta en funcionamiento del artículo 17 de la Ley Aragonesa 11/2005 reguladora de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos en Aragón solicitada para la actividad de Bar Restaurante en Paseo Echegaray Caballero s/n por carecer de licencia urbanística para el ejercicio de la actividad (exp. 65.147/06) declarando conforme a derecho la actuación recurrida y sin hacer expresa condena en costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El citado Juzgado de lo Contencioso-Administrativo dictó la mencionada Sentencia, que notificada a las partes fue recurrida por la parte actora que solicitó se dicte sentencia, revocando la dictada por el Juzgado de instancia y estimando el recurso, dicte otra en la que efectúe las declaraciones interesadas en los apartados a) y c) del escrito de demanda, con imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso se dio traslado del mismo al apelado que suplicó que desestimándose el recurso de apelación se mantenga la mencionada sentencia con imposición de costas a la parte apelante.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones con emplazamiento de las partes, fue señalado para votación y fallo del recurso el día 2 de febrero de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los motivos que arguye la parte apelante para que, con revocación de la sentencia dictada en la instancia se estimen sus pretensiones, consisten en considerar: 1) Que tanto bajo la vigencia del Plan General de

Ordenación Urbana de 1986, como si se aplica el Plan General de Ordenación Urbana de 2001, las obras contenidas en el proyecto de 1998, al que se refiere el juzgado son conformes al planeamiento, infiriendo que el edificio del Club Náutico y los usos en él existentes requerían una declaración expresa de "fuera de ordenación a la luz del PGOU de 1986 para que se les diera dicha consideración. 2) Las citadas obras e instalaciones, sin perjuicio de que fueran absolutamente legalizables, el Ayuntamiento no habría podido requerir la iniciación de un procedimiento de este tipo puesto que en 1998 ya habían transcurrido los cuatro años a que se refiere el artículo 9 del Real Decreto Ley 16/1981, entonces de aplicación, al no haber promulgado la Ley Autonómica 5/1999 de 25 de marzo. 3) Si se quisiera aplicar la legalidad urbanística al tiempo de la resolución expresa también la edificación del Club Náutico y su superficie edificada, incluido el Bar-Restaurante, estarían dentro de la legalidad a tenor de la clasificación del suelo en que se encuentra que manifiesta es Sistema General de Equipamientos no siendo relevante a estos efectos que el suelo tenga condición de público o privado. 4) Por lo que se refiere a los usos, tanto con el PGOU de 1986 como con el PGOU de 2001 los del Club Náutico están así mismo dentro de ordenación. 5) En todo caso, al tiempo de la resolución recurrida las obras ejecutadas eran plenamente legalizables al amparo de lo dispuesto en el artículo 196 b) de la Ley 5/1999 de 25 de marzo Urbanística de Aragón. 6) Demostrada la actividad del Club Náutico en el periodo que va desde septiembre de 1989 a junio de 1998 y en orden a la obtención de la licencia de instalaciones y actividad, dicha autorización se obtuvo por silencio administrativo positivo en noviembre de 1998. A las pretensiones de la parte apelante se opone la parte apelada.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior se ratifican en esta instancia los acertados razonamientos que se contienen en la sentencia apelada, debiendo remarcar que el edificio precitado en el año 1963 obtuvo la licencia de obras para "Club de Remo" sin que con posterioridad, se hubiera obtenido licencia alguna de forma expresa para desarrollar actividad de Bar-Restaurante siendo denegada la pedida el 12/9/1990, así como las posteriormente solicitadas.

Así las cosas y respecto a la pretensión que plantea la parte apelante de que tanto con la vigencia del PGOU de 1986, como si se aplica el PGOU de 2001 las obras contenidas en el proyecto de 1998 son conformes al planeamiento no es admisible, pues, tal y como pone de relieve el Servicio de Intervención Urbanística en fecha 30/12/2003 en relación a los terrenos donde se asienta el inmueble referenciado: "La aprobación del PGOU de 1986 establece dicho terreno codificado como 1,55 tiene una edificación de sistema general, espacios libres del Grupo I, a saber, parque. Al mismo le será de aplicación el artículo 7.2.4 de las Normas Urbanísticas que establecen que en este tipo de terrenos solo podrá destinarse un 5 % de su superficie a edificaciones con fin público, cultural o recreativo. La superficie de la zona es de 5.843 m², por lo que el 5 % de ocupación que les correspondía es de 292,15 m². El proyecto aprobado en su día tenía una ocupación en planta baja según planos de 708,75 m² (704,24 m² según la memoria del proyecto citado anteriormente)".

Por tanto es obvio que la superficie construida excede del 5 % permitido sin que quepa, como pretende el apelante, que el supuesto enjuiciado le sea de aplicación el párrafo 4 del artículo anteriormente citado que dice: "No está sujeto a esta limitación la parcela destinada a pabellón deportivo que se regirá por las normas de equipamiento", por la sencilla razón de que tanto las solicitudes de licencias que se plantean desde 1989 como el proyecto de acondicionamiento destina la parcela anterior al ejercicio de una actividad de Bar-Restaurante que obviamente, atendiendo al suelo donde se asienta, debe quedar sometida a la anterior limitación, sin que sea preciso para estar fuera de ordenación que hubiera existido declaración expresa, pues, el artículo 1.1.6.1 del PGOU de 1986 dispone: "Son edificios e instalaciones fuera de ordenación los que expresamente se califiquen como tales en el Plan General, o por los planes que lo desarrollen, o por acuerdos municipales al respecto, por haberse erigido con anterioridad a la aprobación del plan de que se trate y ser disconformes con el mismo impidiendo su desarrollo.

Sin perjuicio de las calificaciones que se efectúen según el párrafo precedente se encuentran fuera de ordenación por disconformidad con el presente Plan. a) Los

edificios e instalaciones situados en suelos destinados a viales zonas verdes o equipamientos previstos en el Plan salvo que el propio planeamiento declare la adecuación en todo o en parte, de lo existente..." Así mismo el párrafo 2º en cuyo epígrafe se indica: "Edificios existentes no calificados de fuera de ordenación" prevé: "Los edificios erigidos antes de la aprobación de este Plan o de los planes que los desarrollen y que no sean calificados como fuera de ordenación, según el artículo precedente, no se entenderán incluidos automáticamente en dicha calificación, aunque las condiciones de edificación preexistente resulten disconformes con las propuestas en el plan de que se trate. Estos edificios podrán ser objeto de obras de consolidación, reparación, reforma interior, rehabilitación, referidas a usos permitidos por el plan, con mejora de sus condiciones de estética, comodidad e higiene y de medidas correctoras de las correspondientes actividades, así como de cambiar de uso a otros permitidos por el planeamiento, pero no aumentos de volumen que supongan exceso respecto a las limitaciones previstas en el mismo al amparo de lo previsto en el artículo 60.3 de la Ley del Suelo".

De lo expuesto se infiere que el aumento de volumen que suponga exceso respecto a las limitaciones previstas en el plan, necesariamente implica que el edificio, atendida su ubicación, a tenor de las disposiciones citadas, sin que sea preciso una declaración formal se halle fuera de ordenación y por consiguiente sometido a las limitaciones que implica lo expuesto, sin que obviamente, a tenor de lo anteriormente indicado, el edificio se adecuará a la legalidad o pudiera legalizarse a tenor de las disposiciones contenidas en el Plan General de Ordenación Urbana de 1986.

TERCERO.- Tampoco puede acogerse lo pretendido por la parte actora en razón a que el edificio en cuestión se acomode a la legalidad, conforme el PGOU del año 2001, pues, si bien la norma 8.2.10. 1 dispone: "En los suelos calificados con destino a equipamientos y servicios además del uso principal o dominante a que se destine, se podrá disponer de cualquier otro que coadyuve a la prestación o a la permanencia del fin previsto, siempre que se justifique que no supone obstáculo al desarrollo del uso principal" debiendo también hacer mención del artículo 8.2.12 de las normas urbanísticas que dice: "Los equipamientos de titularidad privada existentes que se sitúen en los suelos destinados por el Plan o por el planeamiento de desarrollo al sistema de equipamientos y servicios mantendrán su titularidad privada y podrán sustituir los usos existentes o incorporar usos coadyuvantes en las condiciones generales establecidas en las normas que anteceden". Por tanto, con independencia de que se mantenga la titularidad privada de los mismos, lo que no tiene trascendencia alguna en el anterior procedimiento, no consta que se haya otorgado una autorización de usos no deportivos que son los que se solicitan en la licencia objeto del anterior recurso. En consecuencia al no existir licencia alguna que los ampare, es claro que conforme dispone el artículo 3.1.1 del PGOU de 2001, el edificio se halla fuera de ordenación y así la anterior norma prevé que: "Son edificios e instalaciones fuera de ordenación los que se califiquen como tales por el plan general, por los planes que lo desarrollen o por los acuerdos municipales al respecto por haberse erigido con anterioridad a la aprobación del plan de que se trate y ser disconformes con su contenido impidiendo su desarrollo.

Sin perjuicio de las restantes calificaciones que se efectúen según el párrafo precedente, se considerará que se encuentran fuera de ordenación todos los edificios y las instalaciones existentes antes de la entrada en vigor del presente plan, o en su caso, los planes que lo desarrollen, cuando se sitúen total o parcialmente sobre suelos calificados como viales, zonas verdes, espacios libres o equipamientos en el planeamiento salvo que este declare su adecuación total o parcial", añadiendo el párrafo 2º: "La consideración de un edificio o instalación fuera de ordenación implica la prohibición de realizar obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o cualesquiera otras que motiven el incremento de su valor de expropiación. No impide sin embargo la realización de pequeñas reparaciones que exigiere la higiene, el ornato y la normal conservación del inmueble, según lo dispuesto en la legislación urbanística, así como el ejercicio de usos que no incurran en la calificación de no tolerados, de acuerdo con lo establecido en la sección 2ª del artículo anterior, el establecimiento de las medidas correctoras a que se refiere dicha

sección, y las actuaciones que se dirigieran a posibilitar la continuidad en el ejercicio de actividades toleradas..."

De ahí que la licencia solicitada no puede obtenerse por silencio positivo, pues, debe reproducirse la Sentencia del Tribunal Supremo de 10/7/2001 que declara: "La legislación y la jurisprudencia son terminantes al respecto. En ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo licencia en contra de la legislación y el planeamiento urbanístico. En este sentido el Reglamento de Disciplina Urbanística precisa en su artículo quinto que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación, Programas, Proyectos y, en su caso de las Normas Complementarias o Subsidiarias del Planeamiento o de las Normas o Ordenanzas reguladores del uso del suelo y su edificación. Por su parte la jurisprudencia de modo reiteradísimo, viene afirmando que el mero cumplimiento de prescripciones finales y de actividad relativa al silencio positivo no permite entender adquirida por silencio administrativo la licencia pretendida. Además de tales requisitos debe cumplirse el elemento sustantivo, es decir que la legislación urbanística solicitada se ajuste a la ordenación urbanística aplicable. "En consecuencia ha de cumplirse de modo simultáneo los requisitos de orden formal y de naturaleza sustantiva para que las licencias se puedan entender adquiridas por silencio positivo". A lo anterior hay que añadir que la LUA prevé en su artículo 176 que: "En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico".

Es por ello que procede la desestimación del anterior recurso de apelación.

CUARTO.- A tenor del artículo 139 procede imponer las costas del recurso de apelación a la parte apelante al serle desestimadas todas sus pretensiones y no concurrir circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición.

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

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación número 55/08 interpuesto por Y.,SL. contra la resolución obrante en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNGO.- Se imponen las costas del recurso de apelación a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, lo mandamos, lo pronunciamos y firmamos.