
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento Ordinario nº 109/2013-B/D. Sentencia nº 81 (29-04-2014)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA Y DE ACTIVIDAD. CONCESIÓN.

Inexistencia de fraude de ley.

Cumplimiento de superficie mínima.

Farmacia. Licencia urbanística y de apertura. Concedida. Requerimiento para ajustarse a las condiciones de la licencia concedida.

Imposición de costas a la parte recurrente.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a veintinueve de Abril de dos mil catorce.

El Sr. D. JAVIER ALEAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO núm. 109/13-B/D seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente D. J., representada por el procurador C., asistido de la letrada A., y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado por la procuradora Dª S., asistida de la letrada Rosa Sánchez Giménez y los codemandados J. representado por el procurador J, asistido del letrado C. y P representada por la procuradora I., asistida del letrado S., sobre Licencias; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito repartido a este Juzgado en fecha 11/6/13 se interpuso por J., recurso contencioso-administrativo contra siguiente actuación:

“Resoluciones de 9/3/13 dictada por el Jefe de Servicio de Disciplina Urbanística y de fecha 30/5/13 dictada por la Jefa del Servicio de Licencias Urbanísticas, relativas ambas al incumplimiento de las condiciones de concesión de licencia de apertura del establecimiento de farmacia 3133433/1998. (ex. 163921/2012, 733180/12)”

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 y posteriormente a los codemandados, 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 13/12/13 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada, recibándose el pleito a prueba por auto de 20/12/13 y practicándose la admitida y declarada pertinente con el resultado que obra en autos.

A continuación, se dio traslado a las partes por su orden, para el trámite de conclusiones, habiéndose presentado escritos que obran en autos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurren las siguientes resoluciones:

1) La de 9-3-2013 del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que confirmó en reposición el de 22-11-2012, dictada en expediente 163921/2012 que había requerido a la recurrente para que ajustase la actividad de la farmacia a las condiciones impuestas en la licencia concedida en expediente 3133433/1998 para que ajustase la superficie actual, de 54,39 m² a la del proyecto aprobado, 116,16 m², y que, además, declaró finalizado el procedimiento de restablecimiento de la legalidad al considerar que la superficie se ajustaba a la licencia urbanística y de apertura de 10-1-2013, expediente 733180/12).

2) Resolución del Coordinador General del Área de Urbanismo de 30-5-2013 que confirmó en reposición el de 10-1-2013 por el que se concedió a P licencia urbanística y de apertura para la actividad de farmacia.

Se alega en sustancia que la licencia de apertura es un fraude de ley para eludir el cumplimiento de la orden de ajuste a la licencia; que no puede computarse la entreplanta porque la misma no se ajusta a la legalidad, en concreto al PGOU TR 2007; que se ha incumplido con la normativa farmacéutica, Ley 4/1999 de Aragón y D 197/2009, al no respetarse ni la superficie mínima ni la de atención al público, la cual debería haberse tenido en cuenta según la Ordenanza Municipal de Medios de Intervención en la Actividad Urbanística, art. 16.

Se invoca inadmisión por falta de legitimación.

SEGUNDO.- Previamente a entrar en el análisis jurídico de las cuestiones planteadas, procede hacer una breve recapitulación fáctica:

1) El 26-12-1980 se autorizó la apertura de farmacia con la titularidad de J., sobre unos planos que preveían 54,39 m² de superficie útil de planta baja y de 61,77 de superficie útil de entreplanta.

2) Se concede licencia de obras en 1998, exp. 3133433/98 para acondicionamiento del local tras autorización del Colegio de Farmacéuticos. Se mantiene la entreplanta y se grafía únicamente en los planos la planta baja, cuya superficie aumenta a 100 m², que proceden del local del que es titular el recurrente, J.

No se concedió entonces licencia de apertura.

3) El 8-3-2011 se pidió por el señor M. la reducción de la farmacia, volviendo a su estado anterior.

4) El 27-9-2011 se pide y el 4-10-2011 se concede el cambio de titularidad de la licencia a P., actual titular de la farmacia, exp. 0913619/2011, habiendo autorización del traspaso por parte del C. de Farmacéuticos de 1-9-2011 y de la Diputación General de Aragón de 13-9-2011.

Debe reseñarse que, folio 62 del tomo II, se le concede licencia de apertura, pero no consta exactamente si era autorización de transmisión de la existente, la única es de 1980; o licencia ex novo. Como luego se verá, es una cuestión muy relevante, ya que el incumplimiento de la licencia que denuncia la parte no es en relación a una licencia de apertura, sino de obra, la de 1998, al mismo tiempo que denuncia la inexistencia de licencia de apertura.

5) El 14-2-2012 el recurrente, que había denunciado las obras en diciembre de 2011, denuncia ahora el incumplimiento de diversa normativa, como la de incendios, la de farmacia y en escrito posterior ya se centra en el incumplimiento de la licencia de 1998 en cuanto la actual situación no se ajusta al Proyecto visado el 3-7-1998, folio 32 del expediente 16392/2012 del tomo 2.

Como consecuencia de tales denuncias se hizo un primer requerimiento sobre las obras el 20-4-2012 y otro posterior de 12-11-2012 de que ajustase la actividad de, farmacia a la superficie nueva de 116,16m². Se recurre en reposición este último por el señor Salas se desestima el 9-3-2012, lo que se recurre actualmente.

6) Se solicita nueva licencia urbanística y de apertura. del local, que se concede el 16-1-2013, lo que se recurrió en reposición por Salas y, desestimado el 6-6-2013, es recurrida actualmente.

TERCERO.- Con relación a la falta de legitimación y a su correlativa

inadmisión por el art. 69.b LJCA, debe rechazarse, pero no por las razones aportadas por el recurrente. Ni se ha probado que actualmente se invada parte alguna de su local, pues la superficie del altillo superior a la de planta baja ya es anterior a la unión a su local, por lo que, es obvio que procede de otro origen, de la propia configuración del inmueble. Tampoco del hecho de que en el futuro pueda cambiar la normativa de farmacias, pues no se actúa sobre futuribles, aparte de ser un interés muy feble el que un local vecino arrendado a una farmacia cause un perjuicio al no poderlo arrendar a otra farmacia, pues puede arrendarlo a cualquier otra actividad. Finalmente, tampoco del hecho en sí de que figure su local como parte de una licencia de obras, que no de apertura, pues aquí no pretende, como sería lo lógico, anular una licencia de apertura por figurar el local, sino que pretende la anulación precisamente porque su local ha dejado de ser parte de la farmacia.

La legitimación de la parte viene del RDL 2/2008 de 20-6 del Suelo, en su art. 48 dice “ 1. *Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación, y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.*

2. *Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística*” habiendo tomado dicho precepto del art. 204 del RDL 1/1992 que reguló la ley del Suelo.

En el mismo sentido, el art. 20.j LUA 3/2009 de Aragón, reconociendo el derecho: “j) *Al ejercicio de la acción pública conforme a lo establecido en esta Ley ante los órganos administrativos y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mediante los correspondientes recursos o acciones, para exigir la observancia de la legislación y el planeamiento reguladores de la actividad urbanística*”, anteriormente en la LUA de 1999, en su art. 10.

Y no es obstáculo el interés espurio que denuncian las partes codemandadas, lo haya o no, puesto que la ley no pretende la pureza de intenciones o el altruismo de quien recurre en esta materia urbanística, sino que persigue ampliar el número de “vigilantes” de la legalidad, siendo de suponer que la mayoría de los que ejercen la acción pública realmente están directa o indirectamente afectados, siendo claro que una licencia indebida en Las Fuentes ni la conoce ni le importa a un ciudadano de Delicias, y quien la ejerce siempre perseguirá un interés propio más o menos directo, más o menos difuso. Evidentemente, el trasfondo del asunto es el descontento de quien ve como su local deja de estar alquilado, y es muy posible que su intención sea forzar de nuevo el alquiler, o simplemente una represalia por haberlo dejado de alquilar, pero las motivaciones internas no tienen que ser examinadas si la legitimación legal existe, como es el caso.

CUARTO.- Se alega que hay un fraude de ley por haber obtenido una licencia que se ajusta al local, pero en absoluto lo es. Ante un requerimiento del tipo realizado, caben dos acciones, o bien eliminar las modificaciones del local que han motivado el requerimiento o bien intentar obtener una nueva licencia que se ajuste a la nueva situación fáctica, y es lo que se ha hecho, como ocurre cada vez que alguien realiza obras sin licencia, pero ello no supone fraude de ley, y tampoco tiene por qué relevar de las responsabilidades disciplinarias, en que ya se ha incurrido. Por tanto, tal alegación debe ser rechazada.

En cuanto a que hay dos licencias de apertura distintas sobre el mismo local, la de 2011 y la de 2013, con distintas superficies, no sólo no es realmente cierto, como luego se razonará, sino que además es irrelevante, pues cuando se concede una licencia nueva evidentemente sustituye a la anterior.

QUINTO.- Se alega que no se ha tenido en cuenta la normativa farmacéutica que obliga a tener un local de 80 m² y con una superficie de atención al público de 30 m². Al margen de que no hay incumplimiento, cuando la Ordenanza Municipal de Medios de Intervención en la Actividad Urbanística, de 5-5-2010, BOP 25-5-2010, art. 16, dice “*Las solicitudes de licencias, comunicaciones previas, declaraciones responsables e inspecciones técnicas de la actividad urbanística se ajustarán a los procedimientos señalados en esta ordenanza, que se aplicarán conforme a las*

disposiciones establecidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a las especialidades contenidas en la legislación local, urbanística y medioambiental de Aragón y sin perjuicio de las peculiaridades y requisitos que, por razón del contenido específico de la actuación urbanística que se proyecte, se establezcan en otras normas de rango superior a la presente ordenanza”, en absoluto se refiere a que deba aplicar normas cuyo control corresponde a otras administraciones, sino que es una simple cláusula de salvaguardia, posiblemente innecesaria, del principio de especialidad, pero en relación a las propias normativas que debe controlar el Ayuntamiento. De seguirse la tesis del recurrente se podría dar el caso de que una administración, en este caso el Ayuntamiento, denegase una licencia de farmacia por materia propia de la norma de farmacia y que el C. de Farmacéuticos y la administración tutelar, la DGA, en cambio, como es el caso, la hubiesen dado, creando una situación absurda.

SEXTO.- Yendo al meollo urbanístico de la cuestión, se alega que la entreplanta no es legalizable, ya que no mide 2,40; no está a 4 metros de la línea de fachada, tiene un uso no admitido de laboratorio y además supera el 60 % de la superficie de la planta baja. De lo anterior concluye que, además, se incumple la normativa de farmacia en relación con la superficie mínima de 80 m² y de 30 m² de atención al público.

Al respecto de todo ello, la primera cuestión estriba en determinar qué licencias de apertura había sobre el local. Al respecto, la propia parte reconoce que se pidió una licencia de obras en 1998, para unir el local de su propiedad al de M., la cual no fue seguida de la solicitud y concesión de una licencia de obras. Por tanto, la conclusión es clara y meridiana, la licencia de apertura vigente en el momento en que, en septiembre de 2011, la señora G. pidió la transmisión de licencia, era la única que existía, la de 26-12-1980, y lo que habría habido es una situación de irregularidad desde 1998, pues hubo licencia de obras pero no de apertura, hasta la segregación del local del recurrente en 2011. No se ha aportado el expediente 913619/2011, pero en la concesión de licencia, que las partes coinciden en que fue solicitud de transmisión, no se hace referencia alguna ni a la licencia de 1998 ni a la superficie derivada de la licencia de 1998, de 116,82 m² en planta baja más 61,77 de entreplanta. Por tanto, sólo se podía transmitir la única licencia de apertura existente, la de 1980, y la pericial ha sido clara, y en eso no lo discute la parte, se ha vuelto a la situación anterior a 1998.

Lo anterior pone de relieve una cosa, hay una continuidad absoluta entre la situación de 1980 y la actual, que jurídicamente no ha sido alterada por la de 1998, al no haber habido licencia de apertura de 1998.

Dicho lo anterior, hay que acudir a la pericial, la cual desactiva todas las argumentaciones de la parte.

Así, en cuanto al altillo o entreplanta, indica que excede del 60 % de la superficie de la planta baja, así como que guarda 4 metros con la línea de fachada. Sin embargo, entra dentro de los usos tolerados, según el art. 2.7.17.1 del PGOU:

“1. Son los usos existentes que no puedan clasificarse como usos permitidos por no cumplir todas las condiciones exigidas para ello por el plan, pero cuya permanencia pueda consentirse siempre que se satisfagan simultáneamente las siguientes condiciones:

- No estar incluidos en alguna de las circunstancias que motivarían su calificación como usos no tolerados, de acuerdo con el artículo 2.7.19.

- Cumplir todas las condiciones que establezca la normativa sectorial vigente en materia de medio ambiente, seguridad, salubridad o tranquilidad para el ejercicio de la actividad o actividades comprendidas en el uso de que se trate, tanto por sí mismas como por su relación con el entorno.

- Estar incluidos entre los usos compatibles de la zona de que se trate.

- Cuando se trate de usos industriales o de almacenamiento, que no esté prohibida en la zona la situación del uso en el local o edificio, de acuerdo con la clasificación establecida en el artículo 2.6.5 de estas normas”. No estamos, como dice la parte, ante las excepciones del 2.7.19.1,

“1. Se incluirán en este concepto todos los usos existentes con anterioridad, a la entrada en vigor del plan que se encuentren en alguna de las situaciones

siguientes:

a) *Incumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de la actividad que, por razones de seguridad o salubridad, establezcan las normas vigentes que les sean de aplicación, tanto por sí mismos como por su relación con el entorno.*

b) *Haber sido expresamente calificados como usos no tolerados por el planeamiento general o de desarrollo". La única excepción es la del laboratorio, por razones, de seguridad o salubridad, de 11,43 m², de superficie, y sobre el que luego se hará el correspondiente pronunciamiento.*

Por otro lado, indica que no le sería aplicable ni el CT de la Edificación de 2010, ni la OM de Incendios de Zaragoza de 2010 ni la OM de supresión de Barreras Arquitectónicas 19/1999, también posteriores a la licencia inicial.

En cuanto al incumplimiento del art. 39.3.a del D 197/2009 sobre la superficie de venta, que en realidad no correspondería controlar al Ayuntamiento, que debe, ser de 30 m² mínimos, la perito, señora S., dijo haber empleado como criterio el 2.7.9.5 del PGOU, que dice "5. *Conforme al plan general para el equipamiento comercial de Aragón, cuando el plan general de ordenación urbana de Zaragoza utiliza el concepto "superficie de venta", se refiere a la superficie total de los lugares en los que se venden o exponen las mercancías, o se realizan actividades comerciales con carácter habitual y permanente, o bien se destinan a tal fin de forma eventual, a los cuales puede acceder la clientela para realizar sus compras. Incluye entre otros:*

- escaparates internos;
- espacios destinados a la presentación de mercancías;
- superficies de preparación, almacenamiento, reparación, o elaboración de mercancías visibles por el público aunque no sean accesibles;

- espacios de venta exteriores;

- escaleras, pasillos de tránsito y cualquier otro espacio ornamental o de circulación de los compradores potenciales de ese establecimiento comercial, comprendido en la superficie interior construida;

- en el supuesto de que en ella se presten servicios o sirva de escaparate. se considerará superficie de venta también la zona de cajas y la zona entre éstas y la salida". Por tanto, emplea un concepto amplio y en él se debe incluir el 1,13 m² de acceso. La suma de esto y de la superficie de mostrador y público es de 28,84 ÷ 1,13 = 29,97m², es decir que faltan 3 centímetros cuadrados, lo que se cubriría error admitido de 0,1 %, que engloba 299,7 cm² (ó 0,29,97 m²).

Dicho lo anterior, es obligado desestimar también la invocación de incumplimiento de la superficie mínima de 80 m² de farmacia, art. 15.2 de la Ley 4/1999 de Aragón, en primer lugar porque no le corresponde el control al Ayuntamiento y en segundo lugar porque al computarse el altillo, ya supera dicha superficie.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de todo lo anterior, debe desestimarse el recurso en relación con la primera de las resoluciones recurridas.

Respecto de la segunda, es decir de la licencia de apertura, también debe ser desestimado el recurso, puesto que en el proyecto el altillo se configura como almacén y no se prevé laboratorio, todo ello sin perjuicio de que el ayuntamiento deberá requerir, a la recurrente para que lo ajuste a la licencia, clausurándolo o eliminando los elementos que lo hagan susceptible de ser utilizado como laboratorio.

OCTAVO.- Procede imponer las costas al recurrente, conforme al art. 139 LJCA, sin que puedan exceder en ningún caso de 2.000 euros por cada codemandado.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por J. contra las siguientes resoluciones:

1) La de 9-3-2013 del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que confirmó en reposición el de 22-11-2012, dictada en expediente

163921/2012 que había requerido a la recurrente para que ajustase la actividad de la farmacia a las condiciones impuestas en la licencia concedida en expediente 3133433/1998 para que ajustase la superficie actual, de 54,39 m² a la del proyecto aprobado, 116,16 m², y que, además, declaró finalizado el procedimiento de restablecimiento de la legalidad, al considerar que la superficie se ajustaba a la licencia urbanística y de apertura de 10-1-2013, expediente 733180/12.

2) Resolución del Coordinador general del Área de Urbanismo de 30-5-2013 que confirmó en reposición el de 10-1-2013 por el que se concedió a D^a P. licencia urbanística y de apertura para la actividad de farmacia.

Procede imponer las costas al recurrente, sin que puedan superar en ningún caso los 2.000 euros por codemandado.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.