

EXCMA. AUDIENCIA TERRITORIAL DE ZARAGOZA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Recurso n.1 820/1987. Sentencia n.1 837 (22-9-1988)
Expedientes: 125.251/1986, 747.853/1985 y 94.908/1987

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA.
LICENCIA DE OBRAS E INSTALACIÓN (Bar-Restaurante).
Denegación y orden de clausura.
Presupuesto procesal: Poder y Plazo de interposición de recurso contencioso.
Uso prohibido. Ordenanza especial.

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS
PRESIDENTE D. Javier Casamayor Pérez
D. Antonio Cano Mata (*Ponente*)D. Antonio Pastor Oliver

En Zaragoza, a veintidós de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.
En nombre de S.M. el Rey.

Son objeto de impugnación los acuerdos del Consejo de Gerencia de Urbanismo de dicho Ayuntamiento, de 21-5-86 y 20-5-87, por los que, respectivamente, se denegó licencia para la actividad de Bar-Restaurante solicitada por el demandante y se desestimó ~~o~~segundo acuerdo el recurso de reposición interpuesto. Así como los acuerdos de 18-11-86 de la Comisión de Gobierno del referido Ayuntamiento por el que se impuso al actor la sanción de cierre del establecimiento, y de 5-6-87, de la Alcaldía Presidencia, desestimatorio del recurso de reposición contra la referida sanción.

Procedimiento: Ordinario.

Cuantía: Indeterminada.

Ponente: Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Cano Mata.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. ~~B~~ De lo actuado y del expediente administrativo aparece lo siguiente: El demandante, en 11-11-85, solicitó del Ayuntamiento demandado licencia de obras y de instalación de Bar-Restaurante en la nave ~~Y~~ del Municipio de Zaragoza, recayendo las resoluciones denegatorias, así como la sanción de cierre del establecimiento ~~C~~que había sido abierto~~C~~ que fue confirmada por el último de los acuerdos antes citados, desestimatorio del recurso de reposición.

SEGUNDO. ~~B~~ Previa la interposición del recurso, publicación de su incoación y aportación del expediente administrativo, el actor dedujo la demanda en súplica de que, con anulación del acuerdo de 21-5-86, se repongan las actuaciones, anulando la totalidad de las siguientes, al momento de dictar la resolución; subsidiariamente, la anulación de las resoluciones y declaración del derecho del demandante a la concesión de la licencia urbanística y, en último lugar, subsidiariamente de lo procedente, se declare su derecho a obtener la licencia, por tratarse de uso tolerado, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran imponérsele.

TERCERO. ~~B~~ La Administración demandada en su contestación a la demanda suplicó la desestimación de ésta declarando la inadmisibilidad del recurso en cuanto a la petición de licencia y desestimando el resto

de peticiones o, en otro caso, la desestimación íntegra del recurso, caso de no prosperar la inadmisibilidad parcial.

CUARTO. B Recibido el proceso a prueba, se practicó la testifical y documental propuesta por la parte actora con el resultado que consta en autos.

QUINTO. B Finado el periodo probatorio, por proveído de 15-7-88, se declaró concluida la discusión escrita, señalándose para vista el día 14-9-88, en el que tuvo lugar, insistiendo las partes en sus respectivas pretensiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. B El demandante solicitó en 11-11-85 del Ayuntamiento de esta ciudad licencia de obras y de instalación de un Bar-Restaurante en la nave Y, Zaragoza, lo que le fue denegado, por la primera de las resoluciones aquí impugnadas, cuyo acuerdo se mantuvo al desestimarse el recurso de reposición; a su vez, ante consulta del ciudadano Sr. G. G., pidiendo información sobre posibles instalaciones de esa clase de establecimientos en el referido lugar dicho Sr. G. comunicaba al Ayuntamiento en 6-2-86, haciendo referencia a la instalación del actor la Corporación inició expediente de sanción que culminó con el acuerdo de cierre del establecimiento, carente de licencia, que no obstante ello venía abierto al público, en servicio, desde aproximadamente, mayo de 1986, todos cuyos acuerdos son aquí impugnados, con los pedimentos que constan en la demanda, a los que ya se hace referencia anteriormente.

SEGUNDO. B La parte demandada se opone a las pretensiones, en los términos que ya se han indicado, suscitando, previamente, dos cuestiones que, brevemente, deben ser analizadas en primer lugar, por su naturaleza, para desestimarlas ambas: a) Se denuncia la insuficiencia de poder, art. 533.3 de la LEC, en relación con el 33 y D.F. sexta de la Ley de esta Jurisdicción, pero tal pretensión carece de fundamento (art. 11.3 de la O. de P. Judicial) no sólo desde la aportación del nuevo poder, en el que se ratificó el inicialmente presentado, sino desde el inicio mismo del proceso, ya que debe ser reputado suficiente el que se aportó; en efecto, en el primero es cierto que se lee que el demandante comparece ante el Notario autorizante como propietario de un establecimiento comercial cuya denominación indicó (Y), pero debe observarse que el mero nombre comercial carece de personalidad jurídica (es mera nominación al público del actuar profesional de una persona), cualquiera que sea su naturaleza por lo que al obrar el demandante, sin limitación, dando poderes, sin reducirlos a un ámbito determinado, que ni se expresa ni se presume, resulta claro que el así autorizado era y es suficiente (al margen de que luego se ha ratificado con uno nuevo), pues aquella referencia no podía tener otra finalidad que poder también actuar los apoderados no sólo dentro de los límites del poder en lo que afectase al Sr. Poderdante (hoy demandante) sino también en asunto que, eventualmente, lo que no es infrecuente (al margen de su corrección jurídica), girasen a nombre de un ente sin personalidad (el citado nombre comercial); y, b) se denuncia también, fundamento jurídico II de la contestación, la inadmisibilidad parcial del recurso, en lo referente a la impugnación de los acuerdos denegatorios de licencias, con invocación del art. 58.1 de la Ley de la Jurisdicción, entiende la parte recurrida que habiéndose presentado el recurso contencioso-administrativo en 7-9-87, lo que es correcto, había pasado el plazo de dos meses que señala dicho precepto, pues (siempre según tal parte) la resolución que desestimó el recurso de reposición se le había notificado el día 2-7-87; pero ante esta argumentación debe afirmarse que, al margen de que lo que aquí nadie discute la inhabilidad del mes

de agosto (art. 183 de la Ley O. del Poder Judicial de 1-7-85) no afecta a dicho plazo de dos meses pues se trata de plazo preprocesal, excluidos del citado art. 183, es lo cierto que quien invoca la inadmisibilidad debe probar la realidad fáctica en que se sustente; la parte actora afirma que se le notificó en 8-7-87 (escrito de interposición) y del expediente no aparece documento alguno que permita suponer que la notificación la recibió en 2-7-87, pues cursada por el procedimiento administrativo de c

orreo certificado, lo único que consta de modo indubitado es que el acuerdo (desestimatorio de la

reposición) de 20-5-87, con copia autorizada con las prevenciones de recurso procedentes de fecha 12-6-87, se cursó por el referido procedimiento el día uno o siete (pues no queda claro en el recibo de certificado de Correos) del mes de julio del citado año, pero no hay dato alguno sobre el momento en que fue recibido por el interesado o responsable idóneo el documento, pues falta la tarjeta de acuse de recibo o cualquier otro elemento, por lo que debe desestimarse esa oposición; ante los datos objetivos, es gratuito suponer que se le notificó el día que afirma la contestación a la demanda (2-7-87) o cualquiera otro anterior al 6-7-87, y además de lo inadecuado de fundar la estimación en una mera sospecha, sería contrario a lo que brinda la realidad actual del servicio de Correos suponer que un certificado impuesto aun para la misma localidad en 1-7-87 (como más pronto, y aun esto ofrece duda, ya se decía) se ha entregado en forma al día siguiente.

TERCERO. B Despejado los aspectos sobre los que se ha razonado en el precedente fundamento, hay que iniciar el estudio de las cuestiones que suscita la parte demandante con la referente a la nulidad de actuaciones, con apoyo de lo dispuesto en el art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al entender que la notificación de la resolución de 21-5-86 es nula, como lo es también dice esta parte la propia resolución, por no contener motivación, pues estima que a ello equivale el afirmar (acuerdo primero) que se desestima la petición de licencia por cuanto el uso pretendido no se encuentra permitido según la Ordenanza del Plan Parcial de Y 151, d) y 81, b) cuyas citas ninguna relación guardan con el tema que se resolvía, apoyando la decisión en esas normas, por lo que sigue el demandante no ha tenido ocasión de defenderse en reposición; para analizar el tema debe partirse de lo siguiente: 1) El actor, en el recurso de reposición, nada afirmó en tal sentido, limitándose a efectuar consideraciones de aspecto humanitario y social, sin cuestionar aspectos jurídicos o falta de fundamento denegatorio (como pone de manifiesto la resolución que puso término a ese recurso), cosa que ahora efectúa, y además de demostrar que conoce las ordenanzas, invoca la falta de constancia de publicación en el B.O.P.; 2) la Corporación demandada señala (fundamento jurídico III) que las citas que se efectuaron en la primera resolución (Ordenanzas 151 d) y 81 b), citadas) son las referencias al Proyecto-antecedente de las reales aprobadas por el (a la sazón) Ministerio de la Vivienda en 21-5-73, Ordenanza del Plan Parcial de ..., pero cuyas citas coinciden con las 121 d) y 51 b) de las vigentes y aprobadas; de lo apuntado, examinando a su vez las resoluciones, se desprende que no falta motivación a las mismas, se precisa claramente cual es la razón correcta, como luego veremos de la denegación (el uso pretendido no está permitido en el lugar que ocupa la nave en el que se ha puesto en funcionamiento el bar-restaurante), por lo que no se viola el mandato del art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino que se acata; de otra parte y al margen, ya se decía, de que la parte demandante no sólo muestra conocer la Ordenanza aplicable, sino que ni siquiera en la reposición suscitó cuestión alguna sobre esos aspectos tampoco hay infracción del art. 9.3 de la Constitución, por cuanto la Ordenanza del Plan Parcial de Y es anterior a la C.E. y, habiéndose dado a conocer la aprobación de aquella lo que ni se cuestiona no se precisaba su literal intersección en el BOP, ni la promulgación del texto constitucional determinaba la ineficacia de las Ordenanzas anteriores no publicadas en su íntegro contenido.

CUARTO. B Conviene poner de manifiesto, sin perjuicio de lo que inmediatamente después se señalará, que en el tema sobre el Plan General aplicable (el de 1968 o el de 1986) la solución a adoptar por la Sala no es otra que la que desde la Sentencia de 21-9-82 se sigue, con fundamento en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de Revisión de 15-4-81, es decir, la norma aplicable será la vigente en el momento de resolver, salvo incumplimientos administrativos que dilaten el procedimiento sin solución en los términos normados, en cuyo caso la norma urbanística aplicable sería la que regía en el momento de la presentación de solicitud; pero en este caso el tema resulta irrelevante, pues la Ordenanza del Plan Parcial de Y, aquí aplicable, no resulta alterada, ni contraria a cualquiera de los dos planes a los fines de lo que en estas actuaciones interesa; y en las 121, d), en relación con la 51, b), que señala la parte demandada (el

fundamento de la denegación es la Ordenanza, al margen del error material de cita que se hacía en la resolución, y la prohibición del uso pretendido que de ella deriva), se establece claramente que el uso de cafetería (equiparable a restaurante-bar) es permitido, dentro de la Ordenanza de Y, pero siempre que queden *ubicados en el recinto reservado a centros administrativos+, es claro y terminante, por ello, que ese uso no es posible fuera de tal recinto; e igualmente claro Cesto ni se cuestiona por las partesC que la nave Y, está fuera del referido recinto; es por tanto absolutamente indiferente a los fines de este proceso la conceptualización en cuanto a actividad molesta o no molesta que pueda merecer una cafetería o bar-restaurante, con lo que se atiende ahora, dado el momento de presentación, a lo que el actor dice en su escrito de ocho de los corrientes, y por ello no se acordó la práctica para mejor proveer; todo lo cual lleva a la desestimación de la principal pretensión en materia de licencia.

QUINTO. B Quiera la parte actora que, para el caso de no prosperar la pretensión principal, se estime la subsidiaria de reconocimiento de uso tolerado, con sus consecuencias; pero a ello se opone lo siguiente: 1) Antes del inicio de su actividad y de la petición de licencia, estaba ya vigente la Ordenanza del Plan Parcial de Y, de la que CterminantementeC deriva la prohibición de la pretendida actividad en el lugar en que el demandante quiere ubicarla; 2) Dicho está con ello que los sucesivos planes generales, con los que no está en contradicción, no pueden legitimar Cal no haberse operado cambioC para fundar un uso tolerado; y, 3) Por fin, en la situación concreta que se estudia debe remarcarse que el demandante lejos de consultar en el servicio correspondiente (como hizo el Sr. G. G., según se dijo al principio de estos fundamentos), con lo que hubiese ya recibido la información pertinente, que le hubiese disuadido de cualquier inicio de obras sin licencia (no son atendibles las afirmaciones, con apoyo de un testigo, de que verbalmente se le informó favorablemente), comenzó la realización de las obras y procedió a iniciar la explotación, por lo que si ante esa situación de hecho, por él creada, a espaldas de cualquier cobertura legal, se viniese a legitimar por vía de una toleranciaCpara la que no hay baseC se llegaría a poder eludir en cualquier momento la aplicación de la norma, no pudiendo alterar esta solución las razones de inversión y de empleo que se citan, que tienen su origen en el actuar del d

emandante fuera de toda norma, pues el orden judicial no puede apoyarse en esas motivaciones para variar el signo de la decisión.

SEXTO. B Por último Cy como consecuencia de la solución del tema principal ya analizado precedentementeC deben ser desestimadas las pretensiones de anulación de la sanción de cierre del establecimiento (la de multa que afirma el actor no es, como el mismo remarca, tema de este litigio, por haberla consentido, según expone) debe igualmente ser desestimada, pues la apertura se produjo de hecho, sin autorización o licencia alguna, y la decisión de cierre es directa consecuencia de la aplicación de los arts. 184.3 y 225 de la Ley del Suelo, en relación con el art. 29.4 del Reglamento de Disciplina Urbanística que cita el Ayuntamiento demandado; todo ello sin que en este caso se estime procedente hacer pronunciamiento especial sobre costas.

FALLAMOS

PRIMERO. B Rechazamos las causas de inadmisibilidad alegadas por la parte demandada.

SEGUNDO. B Desestimamos el presente recurso número 820 de 1987, deducido por D. L. L. B.

TERCERO. B No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.