
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 220/2011. Sentencia nº 207 (16/04/2014)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA FUNCIONAMIENTO.RECTIFICACIÓN ERROR. BAR.

Inexistencia de crítica concreta en el recurso a los razonamientos de sentencia.

Inexistencia de silencio administrativo positivo contra norma. Vulneración del principio de actos propios del Ayuntamiento.

Inexistencia la diligencia no es acto administrativo propiamente dicho.

Resolución que rectifica error de archivo y resuelve. Procedencia.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Juan Carlos Zapata Hijar

MAGISTRADOS

D. Jesús -María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D. Juan José Carbonero Redondo (*Ponente*)

En Zaragoza, a 16 de abril de 2014.

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 179/2010, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Zaragoza, rollo de apelación número 220/2011, a instancia de la entidad P.,S.C., representada por el Procurador D. P. y asistida por el Letrado D. P., siendo parte apelada, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por Procuradora Dña. S. y asistida de la Letrada Municipal, Dña. G. según los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, dictó sentencia de fecha 17 de marzo de 2011, desestimatoria del recurso, sin costas.

SEGUNDO.-Contra la anterior sentencia, interpuso recurso de apelación la entidad P. S.C., a través de su representación procesal, suplicando de esta Sala se dicte sentencia, por la cual, estimando el presente recurso de apelación, revoque la sentencia de instancia apelada, acoja las pretensiones interesadas por esta parte en su escrito de demanda, y se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución objeto de recurso, o, subsidiariamente, se anule o revoque y deje sin efecto el acuerdo impugnado, con los demás pronunciamientos legales, con expresa condena en costas a la Administración apelada. Admitido dicho recurso, se dió traslado a las demás partes personadas, para que pudieran formalizar su oposición al mismo, lo que así se hizo por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA; y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebró votación y fallo el día señalado, 11 de abril de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la entidad P.,S.C., se impugna mediante el presente recurso de apelación la sentencia nº 81/2011, dictada con fecha de 17 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Zaragoza, en los autos de Procedimiento Ordinario registrado con el número 179/10.

La sentencia recaída en la instancia desestima el recurso contencioso-administrativo deducido frente a la Resolución del Consejo de Gerencia de

Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 9 de febrero de 2010, adoptada en expediente 91820/2010, por la que se acuerda rectificar el error cometido en el informe de fecha 6 de julio de 2007 y comunicar a la entidad P.,S.C. que la licencia otorgada para ejercer la actividad sita en Plaza San Felipe nº 1 no permite ninguna fuente reproductora de sonidos y por ello se entiende incluida dentro del epígrafe III.1 “Bares y cafeterías” del catálogo de establecimientos públicos del “Grupo I, sin equipo de música” de la OM de distancias mínimas.

El Juez de instancia, tras realizar una exposición de los hechos relevantes, entiende que el referido informe de 6 de julio de 2007, por el que se contestaba a solicitud de adecuación de su licencia a la denominación “bares con música y pubs”, apartado III.2 del Anexo del catálogo aprobado por D 220/2006, de 7 de noviembre, no es acto administrativo, y considera que dicha solicitud no podía ser aprobada por silencio administrativo, conforme al régimen general del mismo, artículo 42.3 de la Ley 30/92, habida cuenta los claros límites que impone a tal posibilidad el artículo 176 de la LUA/1999. En fin, entiende que podía rectificarse el error, mediante resolución expresa en tal sentido, como así se ha hecho, siendo, por lo tanto, la resolución impugnada ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- No conforme la entidad recurrente, con tal fallo y los razonamientos en que se sostiene, interpuso el presente recurso de apelación, para combatir la sentencia de instancia, en esencia, alegando tras ratificarse en el contenido de la demanda, que el acuerdo de 6 de julio de 2007, es una resolución y no un informe, pues fue dictada por órgano competente, esto es, la Gerencia de Urbanismo a través del Jefe del Servicio de Disciplina Urbanística que ha precisado de una rectificación de pretendido error, mediante la correspondiente resolución, ahora impugnada y que, además, ordenaba el archivo del expediente a que dio lugar la solicitud de adecuación formulada por la recurrente. A partir de tal premisa, alega vulneración de los artículos 102 a 106 y 62 e) de la Ley 30/92, 6.3 del C.c. 70 de la LJCA, pues se ha procedido a una revocación de acto administrativo declarativo de derechos, al margen del procedimiento legalmente establecido, que no puede ser el de rectificación de errores, del artículo 105.2 de la LPAC. En fin, considera inaplicable el régimen del silencio administrativo y se vulnera la doctrina de los actos propios.

Por su parte la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, se opuso al recurso de formulado, sosteniendo el acierto de los fundamentos en que se basa en fallo desestimatorio de su recurso en la primera instancia.

TERCERO.- Expuestas las posiciones de las partes en los términos antedichos, no se percibe crítica concreta de los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, acerca de lo que es premisa del desarrollo ulterior de la pretensión del recurrente. Nos referimos a la consideración pretendida por el recurrente de la diligencia del Jefe de Servicio de Disciplina Urbanística de 6 de julio de 2007. Se insiste por el apelante en lo mismo que ya fue alegado en la primera instancia, sin aportar elemento que permita combatir con éxito la conclusión denegatoria a la que llega el Juez de instancia, pues se insiste en entender que la referida diligencia es un acto administrativo, porque fue adoptada por órgano competente y porque contiene una somera motivación de la decisión de archivo del expediente abierto por solicitud del interesado, así como porque ha llevado luego a la Administración a dictar la Resolución ahora impugnada de rectificación de error, rectificación que, como segunda parte de su pretensión, considera indebida al considerar que implícitamente revoca un acto declarativo de derechos al margen del procedimiento previsto en el artículo 102 y 103 de la Ley 30/92.

Lo que ocurre es que, con independencia de que compartamos, como los compartimos, los razonamientos del Juez a quo sobre la naturaleza de la diligencia en cuestión, la recurrente antes, ahora apelante, plantea un falso debate, necesario para postular luego una indebida rectificación de acto administrativo, cuando

centra la cuestión en los aspectos estrictamente formales de lo que, no obsta afirmar, constituyó actuación administrativa. Actuación administrativa que generó una determinada apariencia, correspondencia de la cual es, como correctamente la resolución ahora impugnada de 9 de febrero de 2010 reconoce en su punto quinto, que "puede producir confusión al interesado", y "en este caso le ha supuesto un beneficio pues al amparo del informe y de buena fe ha podido ejercer la actividad con un equipo de música desde el año 2007", razón por la cual "...no se tramita ningún expediente sancionador por utilizar la fuente reproductora de sonidos cosa que sí podría constituir un perjuicio causado por el informe erróneamente emitido."

Y es que no puede pasar de ahí la consecuencia derivada de la apariencia creada por una diligencia, que no acto administrativo propiamente dicho, en tanto que determinante del archivo de un expediente administrativo, dotada de cierta motivación y notificada luego al solicitante, dado que la referida diligencia, no podía exceder los límites derivados de la aplicación de la norma de la que es consecuencia el expediente administrativo en el seno del cual recae la misma. Efectivamente, la solicitud del recurrente, tiene por objeto, ya indebidamente, el encuadramiento, al amparo de la D.T. 1ª del Decreto 220/06, de 7 de noviembre, de desarrollo de la Ley 11/2005, de espectáculos públicos de Aragón, de su licencia anteriormente concedida, en el Grupo I de actividades "Bar sin equipo de música", en las del Grupo III.2 "Bares con música y pubs", cuando al amparo del referido Decreto, de dicha normativa, se procedió a la elaboración del catálogo de espectáculos públicos actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, y a la adaptación, sin más, al mismo de las actividades hasta el momento dotadas de licencia. Lo que pretendía el solicitante es un cambio de licencia, no una homologación o adaptación al nuevo catálogo de actividades, que es distinto.

Así pues, si el objeto y finalidad del Decreto 220/2006 era el antes referido, como el procedimiento que preveía su D.T.1ª la diligencia en cuestión nunca hubiera podido tener el alcance declarativo de derechos que pretende atribuirle la recurrente, como bien se encarga de señalar el Juez de instancia en su sentencia, pues, para empezar, quien suscribe la diligencia en cuestión tampoco habría sido competente para tal declaración de derechos, limitándose a constatar en dicha diligencia un estado, una situación administrativa erróneamente apreciada, al carecer de base en la licencia correctamente otorgada por el solicitante con anterioridad, con base en la cual y dentro de sus límites, sólo podía pretenderse su adaptación al nuevo catálogo de actividades. Error de apreciación que llevó a la única consecuencia dotada de virtualidad jurídica posible, el indebido prematuro archivo del expediente administrativo incoado a virtud de la solicitud del recurrente.

Por lo demás, aun cuando no fuera necesaria tal vez reflexión alguna en torno a la aplicabilidad del régimen del silencio administrativo, lo que el Juez de instancia dice, y también lo compartimos nosotros, es que la aplicabilidad del régimen general del silencio administrativo habría tenido por límite en todo caso, lo dispuesto en el artículo 176 de la LUA/1999, esto es la imposibilidad de adquirir por silencio licencias en contra del ordenamiento urbanístico.

En fin, tampoco podemos compartir con la apelante una vulneración del principio de vinculación por actos propios o de confianza legítima, en primer lugar, porque falta la premisa principal, la consideración de la diligencia de 6 de julio de 2007 como acto administrativo propiamente dicho, y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, como tiene dicho reiteradamente el Tribunal Supremo, para apreciar tal vulneración, *"ha de estarse por lo tanto al alcance del acto al que se atribuye el efecto vinculante y, en todo caso, la aplicación del principio no puede invocarse para alterar fuera de los cauces legales, el régimen jurídico a que se sujeta una concreta relación, produciéndose una modificación más allá de la finalidad y efectos del acto en cuestión de la misma manera que no puede servir de fundamento para amparar la persistencia de formas de actuación que no se ajustan a la legalidad."* (por todas sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sec. 4 de mayo de 2005, rec. nº 1094/03).

Así pues, centrada la cuestión en tales términos, esto es, que la diligencia en cuestión sólo puede tener como única consecuencia jurídica apreciable el archivo indebido de un expediente administrativo, la resolución impugnada ahora, en tanto que rectifica dicho error y termina resolviendo, se mueve en los estrictos límites establecidos en el artículo 105.2 de la Ley 30/92, pudiendo tan sólo concluirse en la corrección de la sentencia impugnada y el ajuste a Derecho de la resolución administrativa fuente de la presente controversia. El recurso de apelación planteado, por consiguiente, no puede prosperar.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, la desestimación del recurso de apelación, determina la imposición de las costas a la apelante, si bien que al amparo de la facultad prevista en el apartado tercero de dicho artículo, se determina que el importe de las mismas no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros, por cada parte apelada que se hubiera opuesto a la apelación.

Por todo lo cual,

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación nº 220/2011, interpuesto por la representación procesal de la entidad P,S.C. Contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Zaragoza de fecha 17 de marzo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 179 de 2010, todo ello con expreso pronunciamiento en las costas del recurso de apelación, en los términos expresados en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

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