
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 488/2005. Sentencia de 27-05-2008

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE APERTURA DE ACTIVIDAD. DENEGACIÓN. BAR-CAFETERÍA.

Incumplimiento de condiciones.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana

D^a. Isabel Zarzuela Ballester (*ponente*)

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a veintisiete de mayo de dos mil ocho.

En nombre de S M. el Rey.

Visto, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, en grado de apelación, el recurso número 233 de 2005, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Zaragoza, rollo de apelación nº 488 de 2005, a instancia de D. J.P.R., representado por la Procuradora D^a M.N.J. y asistida por el Letrado D. P.C.H.; siendo parte apelada el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora D^a N.C.A. y asistido por el Letrado D. L.G.M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre de 2005, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Zaragoza, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO. Primero.- Que debo inadmitir e inadmito el recurso interpuesto por J.P.R. contra la resolución de 5-5-2005 del Ayuntamiento de Zaragoza que denegó a L.S.N.M. la licencia de apertura para el bar-cafetería S. en la calle Mayor, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso por la actora recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, y dado traslado a la parte contraria, formuló alegaciones la Administración demandada, siendo remitidas las actuaciones a esta Sala.

TERCERO.- Turnado a esta Sección Primera el recurso, y formado el correspondiente rollo, se celebró la votación y fallo el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, acogiendo la causa invocada por el Ayuntamiento demandado, inadmite el recurso por falta de legitimación activa del actor, y viene a confirmar la resolución administrativa recurrida, del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 5 de mayo de 2005, por la que le fue denegada a L.S.N.M. la licencia de apertura solicitada para la actividad de Bar-Cafetería sita en C/ Mayor, incluido en la Zona Saturada N, como consecuencia de no haber subsanado las deficiencias indicadas en el informe del Servicio de Inspección de fecha 2/3/04, habiéndose notificado trámite de audiencia previo a la resolución de denegación de licencia de apertura con fecha 14/3/05.

Dicha sentencia fundamenta la inadmisibilidad del recurso en que el recurrente carece de legitimación en cuanto no ha acreditado la transmisión de la titularidad de la solicitud de licencia, que jamás estuvo en la esfera de derechos del recurrente; y, a mayor abundamiento, añade que habría que rechazarse la pretensión de silencio positivo que solo es apreciable cuando la licencia no sea contraria al ordenamiento.

SEGUNDO.- El recurrente sostiene en esta instancia, error en la apreciación de la prueba, y que estaba legitimado al tener un interés legítimo de combatir la resolución impugnada aún reconociendo la atipicidad de la situación al respecto, motivos que no pueden acogerse.

Como resulta de las actuaciones, y señala la sentencia, el expediente de solicitud de licencia de apertura se entendió en todo momento con L.S.N.M., la cual era al parecer arrendataria del local, que, según documento 6 del recurso, fue objeto de desahucio contra dicha titular en procedimiento de desahucio del Juzgado nº 4 de Primera Instancia, y dio lugar a un nuevo arriendo con el recurrente inscrito en la DGA el 29 de marzo de 2005, haciéndose referencia en la cláusula quinta, a que corría de cuenta del arrendatario la obtención de licencias, sin que se diga que la solicitud se hubiese cedido por la anterior arrendataria al propietario, ni nada similar. Tampoco consta la transmisión de la solicitud de licencia, que sólo podía efectuarla quien ostentaba los derechos sobre tal titularidad, y según resulta de lo actuado seguía siendo la Sra. S., quien, con posterioridad, el 8 de abril de 2005, desistió de su solicitud de licencia de apertura -folio 52 del expediente-.

Lo expuesto no queda desvirtuado por la invocación, en esta instancia, de la aplicación de las instrucciones y ordenes de servicio para la interpretación y aplicación de la vigente Ordenanza Municipal de Protección Contra el Ruido y Vibraciones de 2001, aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento de 28 de Julio de 2005, en las que se establecen criterios para la aplicación correcta de la disposición Transitoria Segunda referida a los cambios de titularidad de las licencias, y, en concreto, la Instrucción nº 2, Supuesto 2º. “Si los establecimientos cuentan con licencia urbanística y de actividad pero la licencia de apertura o puesta en funcionamiento estaba en trámite...-supuesto examinado-, la solicitud de cambio de titularidad de la licencia de actividad se remitirá al Servicio de Disciplina Urbanística para su unión con la licencia de apertura o puesta en funcionamiento, y a partir de la acumulación de expedientes los trámites de la licencia de apertura se seguirán con el nuevo titular, que se subrogará en la posición del inicial solicitante de la licencia de apertura, porque, a parte de ser

de aplicación posterior a los hechos objeto de examen, no consta acreditado que se haya solicitado por el actor el cambio de titularidad de la licencia.

TERCERO.- A lo expuesto, suficiente para la desestimación del presente recurso de apelación, ha de añadirse que debe ser igualmente confirmado el razonamiento que, con ánimo de agotar la argumentación, se recoge en la sentencia recurrida por el que, aún admitido el recurso, se habría de desestimar el mismo al deber rechazarse la pretensión de silencio positivo, porque no es atendible la alegación de error de aplicación de precepto legal que sostiene el recurrente en esta instancia, reiterando que existe silencio positivo en abstracto, independientemente de las circunstancias específicas del establecimiento, con cita en la STS de 18 de mayo de 2004, de la que se deduce un efecto distinto al pretendido por el apelante.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere a un incidente de medidas cautelares, en ella, el mas alto Tribunal, casa y revoca el auto del TSJ impugnado y declara no haber lugar a la medida cautelar positiva solicitada por la parte actora ahora recurrida, señalando en el FUNDAMENTO CUARTO que "... a pesar de que esta Sala del Tribunal Supremo, pueda aceptar las declaraciones de la resolución impugnada, sobre la necesidad de valorar y proteger el silencio positivo, como institución que es, creada y dispuesta por el Ordenamiento, Ley 4/99 EDL 1999/59899 artículos 43 y siguientes EDL 1998/44323 , y tan válida por tanto incluso como la resolución expresa, y sobre la realidad de que si se protege y actúa el silencio positivo, no se está ante una medida positiva de las que la jurisprudencia del Tribunal Supremo difícilmente y solo en determinados supuestos admite..." , " hay que significar -sigue diciendo-, por un lado, que la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* en el incidente de medidas cautelares, esta sujeta, conforme a la doctrina de esta Sala, citada, a ciertos e importantes condicionantes, cuando se trata de su aplicación frente a resoluciones expresas y también porque no, cuando se trata como aquí acontece de la aplicación del silencio positivo, y por otro lado, que es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo... Es bien cierto que la resolución recurrida, con acierto, precisa que no es el objeto del proceso el determinar si el recurrente tenía o no derecho a la licencia, pero no se ha de olvidar que el objeto del proceso según la posición de las partes era el determinar si se había o no producido el silencio positivo y el decir si se había o no producido, era y es el objeto de la resolución de fondo y no el de la medida cautelar. Por otro lado se ha referir que el silencio positivo que el recurrente invoca no aparece de forma manifiesta y cuando han transcurrido los plazos con suficiencia, sino que se produce... a la fecha en que se produce la resolución expresa contra el silencio positivo, y además, en momento en el que está en curso el expediente y en el que se esta cumplimentando un tramite de información publica, al parecer previsto, según dice la Administración, en la Orden que regula el tramite para las autorizaciones de funcionamiento de Hospitales. Y cuando todo ello es así, la existencia o no del silencio positivo dependía o exigía valorar, como ha hecho la resolución impugnada, que el tramite de información publica no era exigido, ni se podía incluir en los supuestos de suspensión del tramite, que el propio artículo 42 de la Ley EDL 1998/44323 , que regula el silencio positivo, ha previsto y les otorga el efecto de impedir, que se produzca el silencio positivo, y esas valoraciones no ya

no son propias de un incidente de medidas cautelares, sino que son las que corresponde hacer en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso administrativo”.

En el supuesto de autos, el Juez de Instancia examinó la solicitud de licencia de apertura del Reglamento General de Policía y Espectáculos Públicos (puesta en funcionamiento) de bar-cafetería “S., sito en C/ Mayor, Local, de Zaragoza, formulada por L.S.N.M.; la visita de inspección que puso de relieve numerosas deficiencias, sin que alegara transcurso de tiempo por la interesada; las distintas solicitudes de aplazamiento para subsanación de la solicitante -la titular, Sra. S., no subsanó las deficiencias existentes, advertidas por los Servicios Técnicos Municipales pese a las distintas solicitudes de ampliación y prórroga de los plazos concedidos para acomodar las condiciones del establecimiento a la legalidad vigente, hasta desistir de su solicitud de licencia de apertura el 8 de abril de 2005-, para concluir que la actividad no podía iniciarse mientras no se subsanasen los reparos que se habían formulado, y, en consecuencia, aun cuando el recurrente hubiese sido titular de la solicitud, no se habría podido estimar el recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.9.2 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas del presente recurso de apelación a la recurrente al desestimarse totalmente el mismo y no apreciar la concurrencia de circunstancias 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 488 de 2005, promovido por D. J.P.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Dos de Zaragoza con fecha 6 de octubre de 2005.

SEGUNDO.- Imponer las costas causadas en esta instancia a la parte apelante. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.