
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 359/2007. Sentencia de 30-06-2009

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE APERTURA. DENEGACIÓN IMPROCEDENTE.

Aplicación normativa no vigente en el momento de la resolución por derogación.

Revocación sentencia de instancia.

Anulación del acuerdo recurrido y reconocimiento del derecho a obtener la licencia de apertura.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana (*ponente*)

D^a. Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a treinta de junio de dos mil nueve.

En nombre de S.M. el Rey.

Visto, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección Primera), el recurso de apelación número 359 de 2007, interpuesto por la sociedad civil «P.,S.C.», representada por la Procuradora de los Tribunales D^a S.H.H. y asistida por el Letrado D. J.H.H., contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 29 de junio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 132 de 2006, siendo parte recurrida, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a N.C.A. y asistido por la Letrada D^a M.A.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— En el recurso contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 29 de junio de 2007, desestimatoria del recurso y confirmatoria de la actuación recurrida, sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.— Contra la anterior sentencia, por la parte actora se interpuso recurso de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la estimación del recurso promovido, siendo admitido dicho recurso y dándose traslado a la representación de la Administración demandada para que pudiera formalizar su oposición al mismo, lo que así hizo, y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebro la votación y fallo el día señalado, 25 de junio de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— La sentencia apelada, con desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad recurrente, vino a confirmar la resolución administrativa recurrida, del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 28 de febrero de 2006, por la que se acordó denegar a dicha sociedad la licencia de apertura solicitada para la actividad de restaurante sita en Residencial Paraiso de esta ciudad, en la Zona Saturada I, como consecuencia de no haber subsanado las deficiencias indicadas en el informe del Servicio de Inspección de fecha 9 de septiembre de 2004

SEGUNDO.— Como resulta de lo actuado en el expediente administrativo remitido, con fecha 1 de octubre de 1990 se obtuvo —por D^a C.B. que fue la inicial titular de la actividad en cuestión— licencia urbanística de acondicionamiento e instalación de local destinado a restaurante, sin equipo de música, en el emplazamiento referido, si bien sujeta a determinadas condiciones, entre ellas —apartado g)— la de que los desniveles existentes en el local cumplirán el artículo 40 —de la Ordenanza Municipal de Prevención de Incendios de 1985, como se había requerido en el informe del Servicio Contra Incendios—. El incumplimiento de esta condición —y la del apartado h) relativa a que todos los materiales de decoración habían de tener la calificación M1— fue ya apreciado en la visita de Inspección realizada por el Técnico de Prevención de Incendios en la visita de inspección realizada en el curso del expediente de licencia de apertura instado por la titular inicial de la actividad. El 29 de mayo de 1998 se solicitó licencia de apertura por D^a D. A para el mismo local y con base en la licencia de acondicionamiento anteriormente concedida, acordándose unirla al expediente anteriormente abierto. Habiéndose cedido por aquella a la ahora recurrente los derechos que tenía sobre la actividad, e instada por ésta el cambio de titularidad el 27 de septiembre de 2002 —y previo desistimiento de la renuncia que se había presentado—, fue requerida para la aportación de determinada documentación técnica y subsanación de las deficiencias observadas por el Servicio de Inspección en informe de 6 de junio de 2003, lo que fue sólo atendido parcialmente, dando lugar a nuevos requerimientos con base a los informes de dicho Servicio de 8 de octubre de 2003, 9 de septiembre y 10 de diciembre de 2004. Por comparecencia del representante de la actora ante el Ayuntamiento el 1 de febrero de 2005, se puso de manifiesto que habían sido subsanadas las deficiencias apreciadas, salvo en lo relativo a la tarima que habría de existir a la entrada —para salvar el desnivel entre la zonas 1 y 2 del comedor—, respecto del que se solicitaba se le eximiera de dicha obligación, proponiendo en comparecencia de 1 de marzo salvar el desnivel con la instalación de tres peldaños de 6 cm. Tal solución propuesta fue informada desfavorablemente por el Servicio de Inspección el 14 de junio de 2005, pues —según se decía— «no es conforme al artículo 6.6.11 de la NBE CPI 82 debiendo optar por otra solución que cumpla las condiciones descritas tanto en el citado artículo como en el artículo 40 de la O.M.

de Prevención de Incendios de 1985». Lo que dio lugar a que se le comunicara a la recurrente que se iba a proceder a la denegación de la licencia de apertura solicitada, ante lo cual solicito el 14 de julio de 2005 el plazo de un mes para levantar el suelo del comedor para igualar alturas, y sin que conste que llegara a hacerlo, se dictó con fecha 28 de febrero de 2006 la resolución impugnada denegatoria de la licencia de apertura solicitada.

Como resulta de lo expuesto, especialmente de los informes del Servicio de Inspección a los que se ha hecho alusión, el único motivo por el que, en definitiva, vino a denegarse la licencia de apertura en cuestión fue el de no cumplirse lo establecido en el citado artículo 40 de la Ordenanza Municipal de Prevención de Incendios de 1985, que constituía una de las condiciones específicas de la licencia de acondicionamiento e instalación en su día concedida, y a cuyo tenor «las vías de evacuación horizontales no podrán salvar desniveles que impliquen el empleo de uno o dos peldaños, debiendo en tal caso salvarse los desniveles mediante pendientes cuyo valor máximo sea del 12 por 100». Siendo de significar que el local, como se aprecia en los planos aportados, de una superficie útil de 76,23 m² —81,68 m² de superficie construída—, presentaba inicialmente un desnivel en el pasillo distribuidor de acceso a cocina, aseos y vestuario en relación con la zona de comedor principal —según planos zona 2— que fue salvado, en cumplimiento de los requerimientos efectuados, mediante la colocación de una rampa con pendiente máxima del 12%. Por tanto, el único incumplimiento al que ha de entenderse que se refiere la resolución recurrida es al desnivel de 17 centímetros existente entre la referida zona 2 y el comedor ubicado en la denominada zona 1, entrando en el local a la derecha, y cuya superficie es de 12,05 m².

Frente a lo sostenido por la recurrente en su demanda de que el citado artículo 40 de la Ordenanza, así como el artículo 6.6.11 de la NBE CPI 82, no estaban vigentes, al haber sido derogados, en el momento en que se dicta el acto administrativo recurrido, y en todo caso cuando se solicitó la licencia en el año 1998 y el cambio de titularidad por la recurrente en 2002, la sentencia aquí recurrida, partiendo de la doctrina jurisprudencia conforme a la cual el retraso en la resolución de un expediente no puede ser perjudicial para el interesado, y que ha de aplicarse la normativa vigente en la fecha de la resolución si ésta se dicta en plazo, y la vigente en el momento de la solicitud en caso contrario, concluye que en el presente caso la normativa de aplicación era la vigente el 14 de febrero de 1990, fecha en que se solicitó la licencia de apertura, al haberse subrogado la recurrente en la posición de los anteriores solicitantes, y es aquella la que rige la concreta situación jurídica planteada, por lo que su incumplimiento determina la desestimación del recurso.

Muestra la recurrente su disconformidad con tal razonamiento, poniendo de manifiesto, por un lado, que el presente supuesto es contrario al contemplado en la referida doctrina jurisprudencial, toda vez que la normativa aplicada, anteriormente derogada, le es perjudicial; por otro, que la normativa aplicable era la vigente en el momento de la resolución, de modo que, puesto que recae en un

expediente incoado en septiembre de 2002, tanto en el momento en que debió dictarse la resolución, como en la fecha en que realmente se dictó, la normativa vigente no se oponía a la concesión de la licencia; y que al presentar su solicitud se subrogó en la petición del expediente incoado en 1998, y no en el de 1990, y en aquella fecha ya no estaban vigentes los preceptos en cuestión.

Pues bien, lo primero que ha de ponerse de manifiesto es que la petición de cambio de titularidad de la recurrente, dada la inexistencia de una previa licencia de apertura, había de entenderse, como así hizo la Administración, como subrogación en los derechos que pudieran dimanar de las anteriores solicitudes, no pudiendo desconocerse que desligar la solicitud efectuada en el año 1998 por D^a D. A., como pretende la recurrente, de la anteriormente instada por D^a C.B., habría determinado la imposibilidad de la obtención de la licencia como consecuencia de la normativa de las zonas saturadas. Mas aun partiendo de tal premisa, en lo que sí ha de darse la razón a la recurrente es que la aludida doctrina jurisprudencial lo que viene a reconocer es que un eventual retraso en el dictado por parte de la Administración de la resolución pueda perjudicar al interesado, de modo que si en el momento en que se debió dictar la resolución, la normativa entonces vigente posibilitaba la obtención de la licencia, ésta no le puede ser denegada por el hecho de que la Administración haya dejado transcurrir el plazo que tenía para resolver y al hacerlo haya entrado en vigor una nueva normativa que lo impidiera. En tal caso la normativa a aplicar sería efectivamente la vigente en el momento en que se debió resolver y no se hizo. Sin embargo, de lo que aquí se trata es de que una condición que en su día se impuso al otorgarse la licencia de acondicionamiento e instalación, ya no es requerida en la normativa vigente al dictarse la resolución, y es que, efectivamente, el artículo 40 de la Ordenanza de 1985, cuyo cumplimiento se exigía, quedó derogado al aprobarse la nueva Ordenanza Municipal de Protección Contra Incendios de Zaragoza por Acuerdo de 25 de mayo de 1995 —publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de 29 de junio—, que deroga «toda la normativa anteriormente aprobada en materia de protección contra incendios por el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza» —Disposición derogatoria—, y sin que en la nueva Ordenanza se contenta la exigencia del repetido artículo 40. Por lo que no cabe fundamentar la denegación, como en definitiva hace la resolución recurrida, con base en el incumplimiento de una condición que ya no es exigida en la normativa en vigor. A lo que se ha de añadir que, partiendo de que de lo que se trata es de asegurar que los locales e instalaciones reúnen las debidas condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, y en el concreto caso enjuiciado las relativas a la protección contra incendios, no puede concluirse en atención a las específicas características del local en cuestión, que el pequeño desnivel entre las zonas 1 y 2 del comedor pueda representar riesgo o peligro alguno al respecto, dada la limitada superficie de aquella —como se ha dicho de 12,05 m²— y el reducido número de personas que pueden ocuparlo y a tener en cuenta a efectos de evacuación. A lo que se une que también es pequeña la superficie de la zona 2 de comedor —30,79 m²— y que el aforo máximo permitido en el local es de 43 personas.

Consecuentemente, ha de concluirse que la denegación de la licencia de apertura interesada por el indicado motivo no es ajustada a derecho, por lo que procede, con estimación del recurso y revocación de la sentencia recurrida, la anulación de la resolución administrativa impugnada y el reconocimiento del derecho de la recurrente a la obtención de dicha licencia, y sin perjuicio, claro esta, en atención a la especial naturaleza de la misma, de la posibilidad de los controles que puedan efectuarse por la Administración y, en su caso, requerimiento de las medidas precisas tendentes a garantizar la tranquilidad y seguridad de las personas —como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 2003, «el otorgamiento de una licencia de este tipo no implica la conclusión de la relación de servicio entre la Administración y el administrado, ni obsta a la potestad de la primera de exigir la actualización de las medidas necesarias para garantizar el sosiego y seguridad de las personas»—.

TERCERO.— No se aprecian motivos para un especial pronunciamiento en cuanto a costas.

FALLO

PRIMERO.— Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la sociedad civil P.,S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 29 de junio de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 132 de 2006, la cual revocamos y, en su lugar, anulamos la resolución administrativa impugnada y le reconocemos a la recurrente el derecho a la obtención de dicha licencia de apertura interesada.

SEGUNDO.— No hacemos expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

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