

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA

Recurso de Apelación n.º 6891/1991. Sentencia de 4-3-1996

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA.

LICENCIA URBANÍSTICA (Chocolatería, churrería y heladería).

Impugnación: Mantenimiento del otorgamiento.

Ordenanza especial. Uso permitido. Principio de libertad de empresa.

Excmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Mariano de Oro-Pulido y López

MAGISTRADOS

D. Jaime Barrio Iglesias

D. Pedro Esteban Álamo (*Ponente*)

En la Villa de Madrid, a cuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Visto el recurso de apelación interpuesto por D^a I. M. E. y D. M. U. R., representados por la Procuradora D^a C. R. C., bajo la dirección de Letrado; siendo partes apeladas el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por el Procurador D. A. M. A.-B. B., bajo la dirección de Letrado; y D. A. G. M., representado y defendido por el Letrado D. L. J. C. H.; y estando promovido contra la sentencia dictada en 11 de mayo de 1991 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en recurso sobre concesión de licencia urbanística.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se ha seguido el recurso n.º 896/90, promovido por D^a I. M. E. y otro en el que han sido partes demandadas el Ayuntamiento de Zaragoza y D. A. G. M., sobre licencia urbanística.

SEGUNDO. – Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 11 de mayo de 1991, en la que aparece el fallo que dice así: «FALLAMOS: Primero. Desestimamos el presente recurso n.º 896/90 deducido por D^a I. M. E. y D. M. R. U. R. Segundo. No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales».

TERCERO. – Contra dicha sentencia la parte actora interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, y, en virtud, se elevaron los autos y expediente administrativo a este Alto Tribunal, con emplazamiento de las partes, habiéndose sustanciado la alzada por sus trámites legales.

CUARTO. – Acordado señalar día para el fallo en la presente apelación cuando por turno correspondiera, fue fijado a tal fin el día 21 de febrero de 1996, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Álamo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Lo impugnado en la vía jurisdiccional ha sido un acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 4 de abril de 1990, que, estimando en parte, el recurso de reposición interpuesto por doña I. M. E., contra otro acuerdo, de fecha 23 de marzo de 1988, por el que se concedía licencia urbanística para instalar una chocolatería, churrería y heladería a D. A. G. M.A, en local sito en calle ..., ratificaba que la licencia estaba bien concedida, que el uso de tal actividad es admisible según el artículo 5.2 de la «Ordenanza Especial de la Ciudad Jardín», habida cuenta de que es un caso justificado, tal y como señala la Ordenanza dada la pequeña superficie que restaría para vivienda en la planta primera, insuficiente para ese uso; en cuanto a diversas infracciones urbanísticas cometidas por el solicitante de la licencia relativas a las obras llevadas a cabo se daba traslado de las mismas a la Sección de Disciplina Urbanística. La precitada recurrente no conforme con tal acuerdo solicitó en su demanda la declaración de nulidad del mismo, condenándose al Ayuntamiento de Zaragoza a estar y pasar por dicha declaración y adoptar cuantas medidas fueren precisas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada. Su argumentación se centraba en la infracción de la Ordenanza Especial de la Ciudad Jardín, en su artículo 5.2 ya que la justificación que da el Ayuntamiento carece de la menor base fáctica, ya que dicha circunstancia no puede justificar la ocupación total del uso de la vivienda. También estima conculcado el artículo 5.1, pues este precepto

admite como permitidos para la vivienda de dos plantas en hilera con accesibilidad alta, como es el caso de la casa sita en el n.º 3 de la Calle ..., en uso a) vivienda estrictamente familiar; b) residencial comunitaria y hostelero en situaciones a) y b); c) pequeña industria y talleres: actividades limpias con producción de vertidos líquidos susceptible de ser readmitidos en el colector municipal y de residuos en la recogida normal de basuras con un mínimo de cuatro operarios; quedando prohibidos los talleres para el automóvil; y d) comercio y oficinas, comercio de artículos perecederos o no perecederos, solamente de pequeño menaje, servicios privados y despachos profesionales. Añade que la actividad de churrería o heladería podría encuadrarse en el apartado e) sobre pequeño equipamiento, galerías, clubs culturales y de ancianos, bares y restaurantes; pero este apartado e) está expresamente excluido para este tipo de edificios. Y eso aunque —sigue diciendo— no estamos en realidad ante una churrería sino ante una ampliación de un negocio de bar que los mismos titulares desarrollan en el n.º 1 de la misma calle quedando la barra continua como un todo lo que da lugar a que se trate de un solo negocio, que tampoco debe prosperar porque ese apartado e) está excluyéndolo, como queda dicho.

SEGUNDO. – La sentencia de instancia ha desestimado la demanda tras considerar que ni se ha conculcado el apartado 5.1 de la Ordenanza en cuyo apartado d) cabe perfectamente el uso concedido; ni tampoco el apartado 5.2 ya que el informe del arquitecto municipal emitido en el expediente administrativo en 17 de enero de 1990 justifica el uso en la totalidad del edificio, no sólo por la pequeña superficie que restaría para vivienda en la planta primera sino porque el titular es poseedor de la parcela colindante y cumple con ello con la condición de vinculación del conjunto a vivienda. Tampoco hay prueba alguna de ampliación de negocio ni de barra continua. Apelada la sentencia por la demandante insiste en lo expuesto en la demanda y añade que, según el artículo 2.3.7.1.i de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, la actividad en cuestión debe incardinarse en el epígrafe Salas de Reunión con acceso al público como restaurantes, bares, cafeterías y similares, lo que equivale en la Ordenanza de Ciudad Jardín el apartado e) del número 5.1, el cual está excluido para este tipo de edificios. El Ayuntamiento se muestra conforme con la sentencia y aclara que en los informes y en la propia sentencia al copiarlos se habla de «planta privada» cuando en realidad se debe decir planta primera, puesto que esos edificios tienen planta baja y planta primera. Por su parte el titular del local ratifica sus alegaciones y añade que, según informe de la Asociación profesional de empresarios de cafés, bares y similares, la actividad de Heladería-Chocolatería sita en calle ... no puede ser encuadrada como Café, Bar o Similar en sus distintos epígrafes y es por tanto «ajena a las actividades representadas por nuestros profesionales hosteleros».

TERCERO. – A los acertados razonamientos de la sentencia apelada cabe añadir que del examen del artículo 5 de la Ordenanza Especial de la Ciudad Jardín, en sus apartados 1 y 2, también podría estimarse de aplicación, sin violencia hermenéutica alguna, tanto el uso c) «pequeñas industrias», como el e) «bares y restaurantes» para una posible agregación parcelaria que amparasen el uso derivado de la instalación del negocio de churrería, chocolatería y heladería que se ha autorizado por el Ayuntamiento de Zaragoza; que, por otra parte, no ha incurrido en vulneración alguna del apartado 2 al estimar como justificación especial la situación de hecho, consistente en la pequeña superficie restante para vivienda en la planta primera; uso, que como significa ese primer párrafo del apartado, quedará en calidad de tolerado hasta que el futuro Plan Especial fije sus determinaciones al respecto. Finalmente. Como hemos dicho en alguna ocasión (sentencia de 8 de noviembre de 1994) en un caso de cierta analogía con el presente, al no haber una disposición de prohibición expresa y tajante en la normativa, debe imponerse el principio constitucional de libertad de empresa proclamado en el artículo 38 de la Constitución.

CUARTO. – Lo anteriormente expuesto y razonado propicia un pronunciamiento desestimatorio del recurso de apelación interpuesto por Doña I. M. E. y otro litigante, contra la sentencia dictada en la primera instancia; si bien sin expresa condena en las costas al no apreciarse para ello circunstancias de las contempladas en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación entablado por Doña I. M. E. y Don M. U. R. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con sede en Zaragoza en fecha 11 de mayo de 1991 en el recurso 897/90; sin expresa condena en las costas.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.