

JUZGADO PROVINCIAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 6 DE OVIEDO

Recurso P.A. 49/2014

SENTENCIA n° 93/2014

En Oviedo, a veintitrés de mayo de dos mil catorce.

DOÑA BELÉN ALICIA LÓPEZ LÓPEZ, MAGISTRADA-JUEZ DEL JUZGADO PROVINCIAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 6 DE OVIEDO, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado como PROCEDIMIENTO ABREVIADO n° 49/2014, siendo las partes:

RECURRENTE: DOÑA representada y
asistida por el Letrado Sr. A N

DEMANDADA: AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado y bajo la
dirección letrada de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento,
Letrado Sra. M M

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de febrero de 2014, se presentó demanda en el Juzgado Decano de esta ciudad, correspondiendo su conocimiento por turno de reparto al n° 6 de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Oviedo, contra la desestimación presunta por silencio del recurso de reposición contra la resolución de fecha 2.1.2014 del Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, expediente 1240-09-29 por la que tiene por desistido al interesado de su petición.

SEGUNDO.- Admitida la demanda, y reclamado el correspondiente expediente administrativo, se señaló para la vista el día 14 de mayo de 2014, en cuyo acto la parte recurrente se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, y ello en los términos que figuran en la correspondiente acta, oponiéndose la/s parte/s demandada/s a las pretensiones solicitadas. Practicada la prueba propuesta por las partes y admitida, consistente en el expediente administrativo la documental aportada, con el resultado que obra en autos, hicieron conclusiones.

La cuantía del presente procedimiento se fija en indeterminada pero en todo caso inferior a 30000 euros.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso consiste en la resolución nº 4052, de fecha 24.2.2011 del Concejal-delegado de Licencias del Ayuntamiento de Oviedo por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución nº 7599 de 14.4.2008, expediente 1210-080011, por la que se ordena la retirada de la portilla metálica en el plazo de dos meses, con apercibimiento de ejecución subsidiaria.

SEGUNDO.- La recurrente interesa se dicte Sentencia estimatoria del presente recurso, revocando la resolución impugnada y, en su lugar y entrando sobre el fondo del asunto, y reconociendo su situación jurídica individualizada condenar al Ayuntamiento demandado al otorgamiento de la licencia de terraza en las mismas condiciones que le ha sido concedida en los años anteriores.

La administración interesa en primer lugar la inadmisibilidad del recurso ya que con posterioridad a la interposición del presente recurso se ha resuelto de forma expresa el recurso siendo estimado y la actora no ha ampliado el objeto del recurso a esta última resolución y en cuanto al fondo interesa la desestimación del presente recurso Contencioso administrativo por entender que las resoluciones impugnadas son conformes con el ordenamiento jurídico e interesa la imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Del contenido del expediente administrativo se desprende que:

Con sello de entrada en el Ayuntamiento de Oviedo de 20.4.2009 por la aquí demandante se solicitó licencia para instalación de terraza de hostelería por el periodo de mayo a octubre de 2009. Folios 1 a 13 del expediente administrativo.

Por resolución de fecha 29.4.2009 se condene la misma condicionada al cumplimiento de lo establecido en el acta municipal de 27.4.2009.

Se le giró tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local con fines lucrativos y la demandante interesó la anulación de la misma alegando que se trataba de terreno privado.

Por resolución del Concejal de gobierno de urbanismo y licencias de fecha 15.7.2009 acuerda rectificar la resolución *Al situarse la terraza sobre suelo privado, la presente licencia se refiere exclusivamente a las condiciones de la actividad, por lo que ningún pronunciamiento se contiene en cuanto al emplazamiento para el que deberá recabar autorización de la comunidad de propietarios del edificio/urbanización.*

A continuación se procedió a la anulación de la liquidación tributaria girada por utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local con fines lucrativos

Con fecha 12.2.2010 solicitó licencia de instalación de terraza de hostelería con vocación de permanencia en las mismas condiciones de la licencia de temporada 1240-09-0029, folio 32 del expediente administrativo.

Y por resolución de fecha 13.4.2010 se concedió autorización anual para la instalación de terrazas de hostelería de conformidad con las condiciones reguladores aprobadas con fecha 07/01/10 para las solicitudes relacionadas en la tabla adjunta. Los periodos de ocupación autorizados para cada instalación se determinarán en el acta correspondiente de acuerdo con las solicitudes formuladas y en los términos de las condiciones señaladas.

Y por resolución nº 8213 de 29.4.2010 se otorgó licencia de instalación de terraza de hostelería "Restaurante Casa ",
Deberá cumplir:

las del acta municipal de fecha 27 de abril de 2010.

las del informe del SEIS de fecha 16 de marzo de 2010.

...
Al situarse la terraza sobre suelo privado, la presente licencia se refiere exclusivamente a las condiciones de la actividad,...

El concejal de urbanismo por Resolución nº 805 de fecha 19 de enero de 2011 procedió al otorgamiento de la renovación para la autorización de la terraza de hostelería durante el año 2011, en las mismas condiciones autorizadas el pasado año y en los términos especificados en el documento adjunto.

Con fecha 12.3.2013 la aquí recurrente presentó solicitud de ampliación de local por instalación de terraza en terreno privado, folio 81 del expediente administrativo.

Y a la vista del plano de emplazamiento aportado, el arquitecto técnico emite informe en el que entiende que se sitúa en suelo aparentemente de titularidad pública y no privada. Y se remite a la sección de patrimonio donde el topógrafo municipal concluye que sin prejuzgar la existencia de cualquier otra documentación de titularidad no disponible en el momento de realizar este informe, la cual podría modificar el sentido del mismo, se deduce que el suelo que ocupa la terraza anteriormente referida es terreno de titularidad y uso público.

Por resolución de la técnico superior para disciplina urbanística se concedió quince días para solicitar autorización para instalación de terraza de hostelería en suelo público.

La aquí demandante aportó copia de escritura e interesó además Puesto que dan un plazo para mis respuestas espero, que de momento quede suspendido hasta que me reciba el I.T. Topógrafo Municipal.

El topógrafo municipal emitió informe el 3.12.2013 en el que se ratifica en su informe anterior ya que .Folio 99 del expediente administrativo.

Por resolución de fecha 2.1.2014 se acordó tener por desistido al interesado en su petición.

Frente a la anterior interpuso recurso de reposición con sello de entrada de 20.1.2014 y en fecha 24.2.2014 interpuso contra la desestimación presunta el presente recurso contencioso administrativo.

Por resolución de fecha 10.3.2014 del Concejal de gobierno de urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo se acuerda:

Primero.- Estimar el recurso de reposición formulado con fecha de RE. 30 de enero de 2014 por Dña. contra la Resolución de fecha 2 de enero de 2014, al tratarse de un acto anulable por infracción de normas de procedimiento y resolverse el desistimiento de la interesada sin que por ella se hubiese formulado (art. 63 de la Ley de Procedimiento 30/1992). En consecuencia, retrotraer el expediente al momento en el que se cometió la infracción.

Segundo. Conceder AUDIENCIA PREVIA, señalando un plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES contados desde el día siguiente a su notificación, para que manifieste su interés por la concesión de licencia de instalación de terraza en suelo público. La falta de manifestación en el plazo señalado se entenderá como desistimiento.

Notificada el 19.3.2014, folio 108 del expediente administrativo.

CUARTO.- En primer lugar procede pronunciarse sobre la causa de inadmisibilidad alegada.

Es cierto que por resolución de fecha 10.3.2014 del Concejal de gobierno de urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 10.3.2014 se acuerda "Primero.- Estimar el recurso de reposición formulado con fecha de RE. 30 de enero de 2014 por Dña. contra la Resolución de fecha 2 de enero de 2014, al tratarse de un acto anulable por infracción de normas de procedimiento y resolverse el desistimiento de la interesada sin que por ella se hubiese formulado (art. 63 de la Ley de Procedimiento 30/1992). En consecuencia, retrotraer el expediente al momento en el que se cometió la infracción.

Segundo. Conceder AUDIENCIA PREVIA, señalando un plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES contados desde el día siguiente a su notificación, para que manifieste su interés por la concesión de licencia de instalación de terraza en suelo público. La falta de manifestación en el plazo señalado se entenderá como desistimiento.

Resolución que ha sido notificada al aquí recurrente el 19.3.2014. Folio 108 del expediente administrativo.

El apartado 4 del artículo 36 de la Ley 29/1998 , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que en el caso de que en el curso del procedimiento recaiga la resolución expresa de una petición cuya desestimación presunta por silencio es objeto de la impugnación contencioso-administrativa, el recurrente puede: a) solicitar la ampliación del recurso en el plazo de dos meses previsto en el artículo 46 de la Ley 29/1998 (b) desistir del recurso interpuesto y recurrir autónomamente la resolución expresa en el plazo de dos meses desde la notificación; e c) interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra el acto expreso y después pedir su acumulación al inicialmente interpuesto contra el acto presunto.

En la interpretación de estas reglas, el Tribunal Supremo (Sentencias de 16 de febrero de 2009 y de 19 de mayo de 2011) ha declarado que el legislador ha configurado las distintas reacciones del recurrente -ampliación, desistimiento y nuevo recurso o interposición independiente y posterior acumulación- con carácter potestativo, aunque, de no optar por ninguna, la nueva actuación administrativa quedará consentida, firme y, por consiguiente, inatacable con arreglo a los artículos 51, apartado 1, letra d), y 69, letra c), de la Ley Jurisdiccional.

Ahora bien, esas opciones parten, según el Alto Tribunal, del presupuesto de que la decisión expresa retrasada modifique o altere el contenido desestimatorio del silencio.

Si se autoriza al actor a desistir con fundamento en la aceptación de la resolución expresa es porque su contenido es distinto (parcialmente estimatorio) del puramente negativo del silencio, supuesto en el que la lógica impone apartarse del proceso y, en su caso, proponer uno nuevo o, si se elige la otra solución, la ampliación, entendiéndose sustituida la decisión negativa presunta por la nueva resolución expresa. Si el actor no ejerce ninguna de estas opciones, el acto expreso deviene consentido y firme.

En cambio, cuando la explícita resolución intempestiva es totalmente desestimatoria y, por consiguiente, viene a reproducir el contenido negativo del silencio, si bien con motivación, la ampliación no es imprescindible.

En el supuesto aquí examinado resulta que DOÑA _____ interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra la resolución de fecha 2.1.2014 del Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, expediente 1240-09-29 por la que tiene por desistido al interesado de su petición.

Y por resolución de fecha 10.3.2014 del Concejal de gobierno de urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo se acuerda estimar el recurso de reposición y acuerda retrotraer el expediente al momento en que se cometió la infracción, y le concede un plazo de quince días hábiles para que manifieste su interés por la concesión de la licencia de instalación de terraza en suelo público bajo apercibimiento de tenerla por desistida.

Resolución que ha sido notificada al aquí recurrente el 19.3.2014. Folio 108 del expediente administrativo. Y la recurrente no amplió el recurso contra la citada resolución expresa que obra en el expediente administrativo.

Tal circunstancia fue puesta de manifiesto por la Administración demandada, en su contestación a la demanda en la que solicitó la declaración de inadmisibilidad del recurso al no haber ampliado el recurso a dicha resolución expresa.

Ante tan clara argumentación de la demandada, por la actora si bien inicialmente manifestó que no era necesaria la ampliación del recurso a la citada resolución luego alegó que ampliaba el recurso.

Teniendo en cuenta que la parte recurrente se encontraba en plazo para ampliar el recurso ya que dicha resolución le había sido notificada el 19.3.2014 y conforme a lo establecido en el artículo 36.1 puede hacerse en cualquier momento anterior al dictado de la Sentencia, en aras a la economía procesal y a la tutela judicial efectiva, procede tener por ampliado el recurso a la resolución expresa.

Al tener por ampliado el recurso a dicha resolución debemos indicar que, en cuanto a su petición de revocación de la resolución recurrida, nos encontramos ante una carencia sobrevenida del objeto ya que la misma ha sido revocada por la resolución de fecha 10.3.2014 del Concejal de gobierno de urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, acordando retrotraer el expediente al momento en el que se cometió la infracción. Pero tenemos que tener en cuenta que la parte recurrente junto con la revocación, interesaba también en su demanda que la Administración entre a conocer del fondo del asunto y que se reconozca su situación jurídica individualizada, y condenar al Ayuntamiento demandado al otorgamiento de la licencia de terraza en las mismas condiciones que le ha sido concedida en los años anteriores.

La parte actora fundamenta su recurso en la teoría de los actos propios ya que la Administración en resoluciones previas había otorgado la licencia para instalación de terraza en terreno privado y alega que ya había tratado la cuestión de si la terraza se situaba en terreno público o privado en el año 2009 concluyendo que ocupaba terreno privado.

El artículo 54 de la Ley 30/92 dispone respecto de los actos administrativos que 1. *Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:*

- a) *Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.*
- b) *Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.*
- c) *Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.*

...

Sobre esta cuestión, es doctrina general declarada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1.987 de 20 de mayo, que, junto al principio de igualdad en la Ley, de carácter material, dirigido a garantizar la identidad de trato de los iguales, existe el "principio de igualdad en la aplicación de la Ley, de carácter predominantemente formal, cuya finalidad no es que la Ley reciba siempre la misma interpretación, sino impedir que se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada de cambio de criterio que pueda reconocerse como tal; conforme a esta concepción, la igualdad ante la Ley no constituye un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de supuestos iguales, pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica, una de cuyas manifestaciones es la razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad que impide conferir a los precedentes un efecto de vinculación perpetua y autoriza a un mismo órgano, administrativo o judicial, el modificar criterios anteriores, siempre que ofrezca una fundamentación suficiente y no arbitraria, obtenida a través de razonamientos objetivos y generales".

De lo anteriormente expuesto resulta que la Administración puede dictar actos administrativos en los que se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes si bien debe motivarlo, que es lo que aquí acontece en que, el arquitecto técnico, a la vista del plano de emplazamiento aportado emite informe en el que entiende que se sitúa en suelo aparentemente de titularidad pública y no privada. A continuación se remite a la sección de patrimonio donde el topógrafo municipal informa que: *Estudiado el emplazamiento de la terraza según la documentación obrante en el expediente, ésta se sitúa en un suelo al que el Parcelario Catastral vigente le otorga titularidad pública, al estar recogido como descuento.*

Analizada la copia de escritura parcial aportada por la interesada (ver página 10 del expediente), en la que aparece la descripción de la propiedad, se obtiene la misma conclusión que del análisis de la información catastral al considerar que la casa linda al frente con carretera (sin más propiedad que la propia edificación por ese lindero)

Y concluye que:

sin prejuzgar la existencia de cualquier otra documentación de titularidad no disponible en el momento de realizar este informe, la cual podría modificar el sentido del mismo, se deduce que el suelo que ocupa la terraza anteriormente referida es terreno de titularidad y uso público. Folio 85 del expediente administrativo.

Ello no obstante indicar que, tal y como indica la Administración, la Administración no puede controlar a través de la concesión de licencia la titularidad dominical del terreno en cuestión al no ser el Ayuntamiento órgano competente para enjuiciar ni dirimir problemas de propiedad y por ello el artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dispone que las licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero (St. TS 21/12/93, St. TS 2/5/89, de 27/11/87, 17/3/86, 27/1/81). Sin embargo, es igualmente cierto que dicha regla general tiene como excepción el supuesto de que la solicitud

sea en terrenos o bienes de titularidad pública o existan dudas razonables respecto a la titularidad privada de los mismos en cuyo caso podrá ser denegada la licencia sin perjuicio de que tal resolución (aún en el caso de confirmarse en la vía contenciosa administrativa) no tiene mas que un efecto prejudicial y se somete a lo que, en relación a la titularidad del terreno resuelva la jurisdicción civil.

Respecto del apartado segundo de la resolución expresa, y teniendo en cuenta que la parte recurrente interesa en su demanda que se "entre sobre el fondo del asunto y reconociendo su situación jurídica individualizada condenar al Ayuntamiento demandado al otorgamiento de la licencia de terraza en las mismas condiciones que le ha sido concedida en los años anteriores". Sí que debe estimarse en este punto la demanda, si bien únicamente en cuanto interesa que se entre a conocer del fondo del asunto ya que, del contenido del expediente administrativo, se desprende que la aquí demandante solicita licencia para instalación de terraza en terreno privado y la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 30/1992, deberá resolver sobre dicha petición, con libertad de criterio, bien concediendo o bien denegando, pero sin que pueda tener por desistido de su petición (licencia para instalación de terraza en terreno privado) en el caso de que el demandante no interese licencia para instalación de terraza en terreno público. Y ello sin perjuicio de reseñar que la resolución, que en su día se dicte sobre el fondo, será susceptible de nuevo recurso Contencioso administrativo.

En atención a lo expuesto procede la estimación parcial del presente recurso, únicamente en cuanto al apartado segundo en los términos expuestos.

QUINTO.- No ha lugar a imponer las costas devengadas en este proceso a ninguna de las partes litigantes, al no concurrir de las circunstancias al efecto previstas en el artículo 139 de la vigente LJCA al tratarse de una estimación parcial.

SEXTO.- Contra la presente resolución no cabe recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 a) de la LJCA.

FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por _____ contra la resolución Por resolución de fecha 10.3.2014 del Concejal de gobierno de urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, anulando la misma por no ser conforme a derecho únicamente en cuanto a su apartado segundo, en lo que al apercibimiento allí contenido se refiere, debiendo la Administración resolver sobre lo solicitado.

Todo ello sin imposición de las costas devengadas a ninguna de las partes litigantes.



Notifíquese esta Resolución a las partes haciéndoles saber que frente a la misma no cabe interponer recurso alguno en vía ordinaria

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltma. Sra. Magistrada, estando celebrando audiencia pública, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.

