

Roj: **STS 728/1998** - ECLI: **ES:TS:1998:728**Id Cendoj: **28079130051998100098**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **06/02/1998**Nº de Recurso: **10172/1991**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **APELACION**Ponente: **PEDRO ESTEBAN ALAMO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Señores al margen reseñados el recurso de apelación que con el número 10.172 del año 1.991, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Logroño, contra la sentencia dictada en 28 de Junio de 1.991 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja con sede en Logroño, en el recurso número 96/89, sobre licencia de obras y apertura de un bar-pizzería en el local sito en la plaza DIRECCION001 nº NUM000 NUM001 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 28 de Junio de 1.991, en el que aparece el Fallo que literalmente copiado dice: "FALLAMOS: Que, estimando la demanda, estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de D. Enrique contra acuerdos de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Logroño de fechas 8 y 29 de marzo de 1.989 que concedían licencias de apertura y de obras a la mercantil "Concepción Maestro, S.L." para el establecimiento Bar-pizzeria en Plaza DIRECCION001 , NUM000 , NUM001 , de Logroño, y de 7 de junio del propio año desestimatorio de la reposición contra dichos acuerdos, todos los que declaramos no conformes a Derecho y, por tanto, nulos y sin valor ni efecto alguno. Sin imposición de costas a ninguno de los litigantes ".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, interpuesto por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Logroño, recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, y, en virtud, se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, habiéndose sustanciado la alzada por su trámite legal. Solicitando la parte apelante dicte en su día sentencia por la que, se sirva dictar sentencia por la que se revoque la apelada, se desestime totalmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Enrique y se confirmen los acuerdos impugnados de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Logroño.

TERCERO.- Conclusas las actuaciones, se acuerda su señalamiento para deliberación y fallo cuando por turno corresponda, fijándose a tal fin el día VEINTIOCHO DE ENERO DE 1.998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Enrique, titular del establecimiento " DIRECCION000 , situado en la Plaza DIRECCION001 nº NUM000 , NUM001 , en Logroño", interpuso recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de dicha ciudad, de fecha 7 de junio de 1.989, que, resolviendo recurso de reposición, confirmaba los acuerdos de dicha Comisión de fechas 8 y 29 de marzo de 1.989, en virtud del primero de los cuales se otorgaba licencia a "Concepción Maestro S.L." para la apertura de un bar-pizzería en el local sito en la DIRECCION001 nº NUM000 NUM001 ; y en virtud del segundo se concedía licencia a dicha



entidad para llevar a cabo obras de reforma en dicho local. El recurrente tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, viene sosteniendo, en síntesis, dos argumentos como fundamento de su recurso, a saber: 1º.- que en la fecha de solicitud de las licencias, 4 de enero de 1.989 la de apertura y 5 de enero la de obras, ya se había publicado en el Boletín Oficial de La Rioja de fecha 22 de diciembre de 1.988, una Modificación de la Norma Urbanística 2.2.38 del Plan General de Ordenación Urbana, que respecto de la anterior, disponía que los establecimientos de cafés y bares deberían tener una distancia mínima entre ellos de 40 metros, distancia que en la licencia otorgada a "Concepción Maestro S.L." no se guardaba en modo alguno, puesto que ambos establecidos eran prácticamente colindantes; 2º.- que con independencia de lo anterior, las licencias deben ser otorgadas con arreglo a la normativa vigente en el momento de la resolución y no en el de la solicitud de las mismas. Por su parte el Ayuntamiento de Logroño afirma que la normativa modificada ha entrado en vigor el 11 de enero de 1.989; pero, aun admitiendo que la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha consolidado el criterio de aplicar la legalidad vigente en el momento de la resolución, siempre que ésta se produzca dentro de los plazos normales establecidos, postura que el Ayuntamiento ha compartido en otros casos cuyas decisiones ha confirmado el Supremo, debe observarse sin embargo que la tesis contraria -aplicar la legalidad vigente en el momento de la solicitud- como reconoce la propia Jurisprudencia, es la más concorde con la naturaleza reglada de la misma; de ahí que en el presente caso lo que está propiamente en juego tras el cambio normativo, no es una determinación urbanística sustancial sino una medida, entre otras varias posibles que tiende reducir una posible situación de molestia, y además por que no se perciben en el peticionario de la licencia indicios de fraude de Ley, abuso de derecho o de ejercicio anormal del mismo; por el contrario el interés que ostenta y afecta al demandante es pura y simplemente un interés comercial inherente a la competencia que se genera entre dos establecimientos colindantes de idéntica naturaleza, e iría contra el derecho de libertad de empresa que garantiza la Constitución.

SEGUNDO.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja ha denegado las alegaciones del Ayuntamiento demandado en relación con la falta de legitimación que inhabilita al recurrente al amparo de los artículos 82,b) y 28 de la Ley Jurisdiccional, tanto para impugnar el otorgamiento de licencia de apertura como el de licencia de obras; en el primer caso porque no cabe negar al demandante un interés cuando menos competitivo o comercial legitimador de su pretensión anulatoria; y en el caso de la licencia de obras porque si el derecho a impugnar se otorga a cualquier ciudadano por el artículo 235 de la Ley del Suelo, no cabría negárselo al recurrente, que, además de serlo, muestra otro interés personal legítimo e inescindible del genérico por el mantenimiento de la legalidad urbanística. En cuanto al fondo del asunto dice que la aparente distonía entre la disposición del artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y la del artículo 56 de la Ley del Suelo en cuanto a la entrada en vigor de las disposiciones referidas no es tal, pues, como dice la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1.989 los artículos 70.2 de la Ley de Bases del Régimen Local y 196.1 y 2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento se refieren a las Normas de los Planes Urbanísticos que hayan aprobado definitivamente las Corporaciones Locales, y no a los que hayan aprobado definitivamente el Estado o las Comunidades Autónomas, para los que es suficiente la publicidad general que establece el artículo 44 de la Ley del Suelo para su inmediata entrada en vigor. Lo cual lleva a la conclusión de que publicada la Modificación de la Norma Urbanística en el Boletín Oficial de La Rioja del 22 de diciembre, entró en vigor desde esa misma fecha y es por tanto la Norma modificada la que debe aplicarse para determinar si procedía o no la concesión de las licencias que se debaten; y como estas fueron tanto solicitadas como concedidas en tiempo en que estaba vigente una norma que impedía su concesión por hallarse el establecimiento cuya apertura se pretendía a una distancia de otro similar, inferior a cuarenta metros, ha de concluirse que el otorgamiento de las licencias no era ajustado a Derecho por vulnerar la norma del artículo 2.2.38 de las Normas del Planeamiento General de Logroño. En consecuencia estima la demanda y anula los acuerdos impugnados por no ser conformes a Derecho.

TERCERO.- La sentencia ha sido apelada por el Ayuntamiento de Logroño; sin que se haya personado en el rollo de apelación la parte demandante. En cuanto al titular de las licencias impugnadas, el Tribunal de instancia emplazó a la entidad mercantil "Concepción Maestro" S.L. en fecha 12 de septiembre de 1.989 para que se personase en los autos hasta el momento en que se acordase el respectivo traslado para contestar a la futura demanda, con el apercibimiento de continuación del proceso sin más citarle; sin que dicha entidad se haya personado en momento alguno. El Ayuntamiento apelante no hace referencia alguna a la cuestión de la legitimación reconocida en la sentencia al recurrente; y solamente discrepa de la sentencia en que aplica la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1.989, que ha sido totalmente rectificada por sentencias de 10 de abril de 1.990, 9 de julio de 1.990, 12 de diciembre de 1.990 y sobre todo por sentencia de 11 de julio de 1.991 dictada en el ámbito de un recurso extraordinario de revisión, que sentó que el carácter municipal del planeamiento justifica plenamente la aplicación de la normativa prevista para las Ordenanzas Locales por lo que si la Constitución proclama el principio de la publicidad de las Normas (art. 9.3) toda duda interpretativa ha de despejarse con la solución que permita hacer mas eficaz dicha publicidad. Y en esta línea el sistema que ofrece el artículo 70.2 de la Ley 7/85 es más perfecto y, como acomodado a la exigencia

constitucional, merece ser generalizado; criterio confirmado en sentencia de 7 de febrero de 1.994. Por ello la Modificación del artículo 2.2.38 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Logroño entró en vigor el día 11 de enero de 1.989 y no el 22 de diciembre de 1.988 como erróneamente afirma la Sentencia impugnada, "en la presente casación" (sic). Por lo tanto solicita se revoque la sentencia y se confirmen los acuerdos impugnados.

CUARTO.- Planteada la cuestión con todo detalle, que ahora se traslada a este Tribunal de apelación -que no de casación, como indudablemente por error alega el Ayuntamiento de Logroño en el punto 3 de su alegación Tercera,- ante todo es de recordar la doctrina, absolutamente consolidada, de este Tribunal, en relación con la normativa que debe ser aplicable en la concesión de licencias, - sentencias de 29 abril y 19 noviembre de 1.997 y las en ellas citadas- según la cual, **si a la entrada en vigor de una nueva ordenación no han transcurrido tres meses a partir de la solicitud de las licencias**, será esta nueva normativa la aplicable para resolver tal solicitud; y si hubiese transcurrido ya aquel plazo, procederá la aplicación de la normativa vigente al tiempo de la petición de licencia; este plazo de tres meses se ha establecido en razón a los criterios que la Ley de Procedimiento Administrativo, vigente a la sazón, mantiene en aplicación de sus artículos 61.1 y 94.1 en el silencio administrativo negativo. Los datos cronológicos apuntados por el Ayuntamiento de Logroño y las consecuencias jurídicas extraídas, o derivadas, de los mismos -no coincidentes con la tesis mantenida en la vía administrativa denegatoria de los recursos de reposición entablados por D. Enrique - son ajustados a derecho, de manera que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada, es de toda evidencia que la Modificación de la Norma 2.2.38 del Plan General no entró en vigor en 22 de diciembre de 1.988, sino después del transcurso de los plazos a que se refiere el artículo 70.2 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local, y por tanto después de que fueran solicitadas ante el Ayuntamiento las licencias de apertura y de obras los días 4 y 5 de enero de 1.989 por "Concepción Maestro S.L.". Tales peticiones de licencias fueron otorgadas en fechas 8 y 29 de marzo de ese mismo año y, en consecuencia, la normativa aplicable para resolver sobre su otorgamiento era la contenida en la Modificación de dicha Norma, que, como dice la sentencia apelada "impedía su concesión por hallarse el establecimiento cuya apertura se pretendía a una distancia de otro similar, inferior a cuarenta metros". Por tanto la sentencia de instancia no es acertada tan sólo en cuanto con apoyo en la sentencia de 24 de enero de 1.989 señala que la fecha de entrada en vigor de la Norma Modificada tuvo lugar el 22 de diciembre de 1.988; pero debe ser confirmada en cuanto su fallo estima la demanda por aplicación de esa Norma Modificada. En consecuencia procede desestimar el recurso de apelación en cuanto solicita la revocación de la sentencia apelada y se desestime totalmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Enrique y se confirmen los acuerdos impugnados del Ayuntamiento de Logroño.

QUINTO.- No procede un particular pronunciamiento respecto a costas, en aplicación del artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLAMOS

QUE DESESTIMANDO COMO DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN ENTABLADO POR EL AYUNTAMIENTO DE LOGROÑO CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA EN FECHA 28 DE JUNIO DE 1.991 EN EL RECURSO 96/89 DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS TAL SENTENCIA EN LOS TÉRMINOS EXPRESADOS; SIN CONDENA EN LAS COSTAS.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Alamo, Magistrado Ponente de esta Sala, de todo lo cual, yo, la Secretaria. Certifico.