

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

CIUDAD REAL

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: 559100

C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL
926 278949

Equipo/usuario: E01

N.I.G: 13034 45 3 2016 0000214

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000114 /2016 /

Sobre ADMINISTRACION LOCAL

De D/ña: BRICORAMA IBERIA

Abogado:

Procurador Sr./a. D./Dña: VICTORIA NOA APARICIO

Contra D/ña: AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, AKI BRICOLAJE ESPAÑA, S.L. AKI BRICOLAJE ESPAÑA, S.L.

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO,

Procurador Sr./a. D./Dña: , MARIA DEL CARMEN ANGUITA CAÑADA

SENTENCIA Nº 6/2018.

En Ciudad Real, a 16 de Enero de 2018.

La dicta D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Magistrado- Juez del juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de esta ciudad, habiendo conocido los autos de la clase y número indicado, seguidos entre:

- I) La mercantil BRICORAMA IBERIA S.L., representada por DÑA. M^a VICTORIA NOA APARICIO y asistida por D. ALFREDO CEREZALES FERNÁNDEZ como parte demandante.
- II) EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, representado y asistido por D. CRIPRIANO ARTECHE GIL como parte demandada.
- III) AKI BRICOLAJE S.A. representada por DÑA. M^a DEL CARMEN ANGUITA CAÑADA y asistida por D. JESÚS AVEZUELA CÁRCEL como interesado en la posición de codemandado.

Ello se hace en consideración a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha de 8 de Abril de 2016 se interpuso recurso contencioso administrativo por el representante de la parte demandante frente a la parte

demandada, acompañando cuantos documentos exige el art. 45 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

SEGUNDO.- Es objeto del procedimiento contencioso administrativo *la Licencia de obras otorgada en la parcela 6.5 del Sector ACALZ, entre Avda. Calvo Sotelo y Carretera de Valdepeñas, promovidas –según el cartel que consta en la obra y por la información de su página web- por ACTIV-GROUP.*

TERCERO.- Que mediante decreto de fecha de 13 de Abril de 2016 y tras los oportunos requerimientos se admitió a trámite el recurso contencioso administrativo por el Letrado de la Administración de Justicia, acordando requerir el expediente administrativo a la administración demandada y ordenando que la misma practicara los emplazamientos a que hubiera lugar de conformidad a lo dispuesto en el art. 49 LJCA.

CUARTO.- Que en fecha de 6 de Mayo de 2016 se recibió expediente administrativo, debiendo ser completado a petición de la parte, dando finalmente trámite para la presentación de la demanda, lo que se hizo en fecha de 15 de Julio de 2016. Admitida por decreto de fecha de 21 de Julio de 2016, siendo contestada por escrito de fecha de 30 de Marzo de 2017 por la mercantil y en fecha de 18 de Octubre de 2016 por la administración.

En el suplico de la demanda se solicitaba que *previos los trámites pertinentes, incluso el recibimiento a prueba que expresamente se interesa, dicte sentencia por la que, estimando este recurso contencioso administrativo, anule y deje sin efecto alguno el citado acuerdo, con imposición de las costas procesales al Ayuntamiento demandado.*

QUINTO.- Que por petición de las partes se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, debiendo la misma versar, tal y como se expone en los escritos rectores sobre los hechos que constan en la demanda y en el expediente administrativo remitido a los presentes autos.

SEXTO.- Fue admitida la prueba mediante auto de fecha de 20 de Abril de 2017 en el que se acordó la práctica de la prueba que se contiene en su parte dispositiva, siendo la misma la documental obrante en los autos y la testifical de D. David

SÉPTIMO.- Que practicada la prueba acordada en fecha de 18 de Mayo de 2017 se dio traslado a las partes para que formularan las conclusiones en la forma prevista en el art. 64 LJCA, siendo presentados los escritos en tiempo y forma de manera sucesiva por demandante y demandado, quedaron concluidas las presentes actuaciones a la espera del dictado de la presente.

OCTAVO.- En el curso del presente procedimiento se solicitó la adopción de medidas cautelares que fueron denegadas mediante auto de fecha de 7 de Octubre de 2016.

NOVENO.- Igualmente fue solicitada por el demandante la ampliación de las actuaciones frente a la resolución por la que se concedía la licencia de actividad, denegada por auto de fecha de 12 de Diciembre de 2016, siendo desestimado el recurso de reposición frente a este auto mediante el de fecha de 20 de Febrero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las alegaciones de las partes.

1.1º.- La demanda. Comienza haciendo un relato cronológico del expediente administrativo de las licencias impugnadas y de la documentación técnica de la que dispone el mencionado expediente administrativo.

1.1.I) Así en primer lugar considera que el acuerdo de la Junta de Gobierno Local es nulo por infringir el art. 163 LOTAU, considerando que además constituiría un fraude de ley. El motivo es porque se solicitó una licencia de obra y actividad para edificio comercial por Aki, modificándolo posteriormente a una licencia para nave, aceptándolo posteriormente el ayuntamiento con el mismo proyecto y sin resolución alguna, mediante una licencia para “nave sin uso”. Así considera que desde el principio se sabía que era para la instalación de una tienda AKI aunque se haga constar que era para nave sin uso. Por ello considera que se elude el contenido de la ley para no otorgar a la vez la licencia de actividad junto con la de construcción, con el fin declarado (según el demandante) de eludir el informe del órgano autonómico.

1.1.II) Alega igualmente la infracción del régimen de usos del planeamiento vigente para la parcela en cuestión que se encontrarían en el plan parcial del sector S-A-CALZ que consideran que sólo hay dos usos globales el residencial y el dotacional, no el comercial que se pretende otorgar, siendo el mayoritario el uso residencial. Considera que sólo podría otorgarse si se considerara que es un uso compatible con los anteriores, lo que no ocurre al no existir una definición de centro comercial, siendo que además no se ajusta a la tipología edificatoria autorizada en las normas, tachando de infundado el informe del arquitecto municipal.

1.1.III) Argumenta igualmente una serie de infracciones tanto urbanísticas como patrimoniales en relación al uso del dominio público, pues permite que se invada una parte de una parcela para uso de zona verde con los accesos a la meritada parcela, prescindiendo del procedimiento para la modificación del uso de la parcela en cuestión, eludiendo así mismo la intervención aprobatoria de los órganos de la administración autonómica, siendo que también la invasión elude la aplicación y garantías procedimentales para el régimen de titularidades y usos de los bienes de dominio público.

1.2º.- La contestación del ayuntamiento de Ciudad Real. Sostiene el ayuntamiento que hay una falta de legitimación activa en la demandante por carecer de interés en la resolución y sus efectos y por considerar que hay una voluntad de obtener a través de este procedimiento beneficios económicos evitando la competencia. Manifiesta que los informes del servicio de movilidad son de carácter

técnico y requerían la presentación de la documentación que permitiera considerar los aspectos esenciales de los accesos para cumplir con la normativa de desarrollo para los accesos de vehículos a este tipo de construcciones y los requerimientos para la fluidez del tráfico. Igualmente afirma que no se puede equiparar trámites administrativos y validez jurídica con las declaraciones políticas a que haya lugar.

Por otra parte viene a realizar un esfuerzo argumentativo de cara a desligar la licencia de actividad y la licencia de obra que se ha solicitado y que se ha otorgado por el propio interesado y el ayuntamiento, manifestando la voluntad de agilizar plazos y no de eludir ningún tipo de informe, analizando igualmente los usos compatibles y autorizados en la parcela en cuestión y los requisitos y elementos para ello. Considera que no son lo mismo y no es necesario que se otorguen de manera conjunta.

Respecto de los accesos viene a recalcar los problemas que existen en la calle Membrilla, de los cuales ha conocido y resuelto este juzgado en el PO 265/2014 y que es una forma de atajar los mismos la disposición de los accesos. En cualquier caso considera que la utilización de los accesos en la forma en que se realiza no puede considerarse como un incumplimiento de la esencia y naturaleza de los espacios verdes o libres, aportando diversos ejemplos para ello.

1.3º.- La contestación de Aki Bricolaje. Tras realizar una exposición del contenido del expediente y de los hechos relevantes, señala que hay una tramitación escrupulosa y cuidada de las normas urbanísticas, no siendo de recibo la actuación de la demandante y considera que la ocupación del dominio público por un acceso no altera su finalidad y su naturaleza atendiendo a la escasa anchura del mismo (6 metros).

Insiste igualmente en la excepción procesal de falta de legitimación. Considera que no hay elemento alguno que se oponga a la tramitación y concesión por separado de la licencia de obra y la de actividad, siendo posibilidad aceptada por la jurisprudencia y la propia práctica administrativa.

En relación con los usos señala que el uso comercial es un uso compatible con los usos generales y globales que puede darse conjuntamente con los otros, aunque no necesariamente de manera simultánea.

Considera que el uso del dominio público local para el acceso no es incompatible con su propia finalidad y que por ello ninguna trascendencia tiene tal actuación.

SEGUNDO.- Sobre la legitimación del recurrente.

La excepción (que inexplicablemente no ha sido contestada por el demandante en sus conclusiones) debe decaer por ser el urbanismo una materia sujeta a la acción pública y por tanto tiene una legitimación abierta a cualquier ciudadano en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

En este sentido hoy el art. 62 del RDLeg 7/2015 de 30 de Octubre expone (al igual que antes lo hiciera el art. 48 RDLeg 2/2008 de 20 de Junio) y que da contenido al derecho reconocido en el art 5.f RDLeg 7/2015 (antiguo art. 4.f RDLeg 2/2008) que *1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística. 2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.*

Es por ello que el art. 19.1.h LJCA señala que está legitimado para actuar ante la jurisdicción contenciosa *Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.*

La STC de 16 de Mayo de 2011 al analizar el art. 125 CE (que habla de la acción popular penal, única contemplada en la Constitución Española) afirma que *“Este tribunal afirmó en la STC 129/2001, de 4 de junio , que “dados los términos del art. 125 CE , no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a ‘los ciudadanos’, que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero , 50/1998, de 2 de marzo , 79/1999, de 26 de abril , entre otras)...”.*

Por tanto el concepto “ciudadano” que engloba el art. 125 CE y que es análogo al del art. 19.1.h LJCA, admite a las personas jurídicas como titulares de ese derecho, siendo admitido el carácter público e irrestricto de este tipo de acciones en la STS, secc. 3ª, de 25 de Junio de 2014 cuando afirma que *“...Sin embargo y como excepción, en determinadas ocasiones, ese concreto y específico interés legítimo que vincula al recurrente con la actividad objeto de impugnación, no resulta exigible. Por ejemplo, ese requisito legitimador no resulta de aplicación en algunos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa, en los que se permite que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso sin ninguna exigencia adicional. Es lo que se denomina « acción popular r» en el artículo 19.1.h) de la Ley de esta jurisdicción , y que la mayor parte de nuestras leyes sectoriales tradicionalmente la han denominado « acción pública » tan habitual, por ejemplo, en el ámbito del urbanismo o en determinados supuestos relacionados con el medio ambiente. El entronque constitucional de esta acción está en el artículo 125 de nuestra Carta, y exige que una norma con rango de ley así la reconozca expresamente, con la finalidad de « [r]obustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes » como dijeron las SsTS de 14 de mayo de 2010 (casación 2098/06, FJ 5) y 6 de junio de 2013 (casación 1542/10 , FJ 5º). Se considera que la relevancia de los intereses en juego demanda una protección más vigorosa y eficaz que la que puede proporcionar la acción de los particulares afectados. Por ello, cualquier ciudadano que pretenda simplemente que se observe y se cumpla la ley, puede actuar, siempre y cuando así le haya sido previamente reconocido.”*

TERCERO.- El expediente administrativo y la prueba practicada en el proceso judicial.

Se impone, dada la complejidad de la materia y de las alegaciones un estudio del expediente administrativo como base de la decisión.

3.1º.- Comienza el expediente con la solicitud para la licencia de obras (ff. 1 a 5) presentada por la mercantil EURO ACTIVE PROMOCIONES DE PROYECTOS INTEGRALES (en adelante, EA). Así la solicitud es para construcción de una edificación de planta nueva. No se marca nada en relación a actividades en relación a ninguna de las posibilidades que en la misma se contemplan. Sólo constan como datos específicos la superficie de la construcción de nueva planta (11.597,68 metros cuadrados) y que generará escombros. No requeriría la instalación de grúas ni la ocupación del dominio público (se entiende que es a efectos de las posibles tasas al efecto conforme al art. 20 TRLH). En el marco de actividades, punto 4 de la solicitud al folio 4 se puede ver marcado que se trata de una implantación. La solicitud tiene fecha de 10 de Junio de 2015.

Al folio 6 y 7 consta que la construcción, desde un principio, se va a destinar a la tienda AKI, tal y como consta en la certificación del Colegio de Arquitectos en la que identifica al arquitecto responsable de las obras. Resulta complejo apreciar cualquier ánimo de ocultación desde este mismo momento en que se declara expresa y claramente el destino y forma de la construcción.

3.2º.- En el folio 9 consta informe técnico sobre la viabilidad de los accesos, a efectos de movilidad de tráfico propuestos para la parcela indicada en el plano, que se trata de la (6-5-M-5S-ACALZ). Del mismo se colige que los accesos de la mencionada parcela a la avenida Calvo Sotelo figuraban como de entrada y salida, por lo que se sugiere un acceso alternativo directo a la rotonda por considerar que la entrada al recinto podría originar problemas de movilidad y modificando la misma para que la entrada sea directamente por la rotonda y que la mencionada avenida sirviera sólo de salida, lo que se acepta desde el punto de vista de la movilidad en la forma descrita en el plan 01A.

3.3º.- En el folio 11 y 12 del expediente administrativo consta informe de la Dirección General de Planificación del Ayuntamiento de Ciudad Real en el que se manifiesta que sólo se contesta al requerimiento de la Dirección de Urbanismo y sin entrar en cuestiones como la afectación del número de plazas de aparcamiento y por otra parte la afectación o alteración de la superficies de zonas verdes, señalando que deberá dar respuesta y ampliar la documentación aportada junto con su solicitud.

3.4º.- En el folio 15 a 19, siguiendo la documentación requerida, consta la solicitud de licencia de actividad de la mencionada nave, de fecha de 15 de Septiembre de 2015. La mencionada actividad requerirá (f. 16) implantación o definición de condiciones de prevención de incidencias respecto del art. 47 de las Ordenanza Municipal de Licencia. Junto con esta solicitud se acompaña la documentación que requería al folio 12 la Dirección General de Planificación respecto de la otra obra. Acompaña documentación relevante de aptitud del técnico en cuestión para la

realización de las obras, las cartas de pago y justificante de abonos de tributos, aportando presupuesto de construcción subsanado ante errores aritméticos del original.

3.5º.- En el folio 35 se refiere otro informe sobre las barbacanas y vados de urbanización, señalando que deben de dar cumplimiento a las directrices de la Orden VIV/561/2010 de 1 de Febrero, constando igualmente informes del servicio de parques y jardines sobre actuaciones respecto de un fresno existente en la parcela en cuestión y que habría de ser cortado.

3.6º.- En el folio 56 se puede ver que habría de tener unos accesos provisionales dado el estado del firme de la calle Membrilla en tanto que se da solución a los problemas de compactación y hundimiento que tiene la misma (y que han motivado otro procedimiento judicial en este juzgado).

3.7º.- Los restantes folios muestran el informe favorable del técnico de urbanismo de Ciudad Real con las precisiones y obligaciones en la ejecución de la obra, siendo que la resolución finalmente y en base a dicho informe concede la licencia.

3.8º.- En la carpeta referente a las informaciones dadas a la demandante por el ayuntamiento en relación al proyecto urbanístico consta también las solicitudes, así como la subsanación previo requerimiento del ayuntamiento. Consta la respuesta al folio 17 de dicha pieza del expediente en el que se informa de la parcela antes mencionada, así como que el uso global de la parcela es residencial y que, entre otros, son compatibles el comercial, oficinas o recreativo. Ofrece también los datos sobre la edificabilidad de la parcela, la parcela mínima, ocupación, la altura máxima y las plantas, informando en igual forma de la tramitación de la licencia de obras para la construcción del edificio comercial.

En respuesta manifiesta que la información es incompleta pues solicita que se le informe el número de expediente en el que se tramita la licencia de obras, la licencia de actividad y la solicitud de personarse en los mencionados expedientes.

3.9º.- En el acto de vista del procedimiento judicial declaró David (testigo perito). En el mismo declaró que se comenzó tramitando obra y actividad de forma conjunta. Fue aki quien solicitó la separación para agilizar la misma y con ello poder iniciar las obras al estar hechos los informes de la licencia de obra. Siendo así que se conceden una y otra. No hay inconvenientes para la tramitación separada. Las normas de Ciudad Real especifican las licencias que hay y va explicando cuáles son y en qué se basan. Son cosas distintas y responden a objetivos distintos. Es muy frecuente que se acumulen varias, pero ello es a solicitud del que tramita. No hay obligación y es más bien al revés. Muchas veces lo solicitan y la agilidad del proceso suele ser mayor si se tramitan por separado. Se alargaría a los informes del ingeniero para la actividad estando ya realizados para las obras. Lo normal y lo legal es tramitarlo por separado.

Hay un suelo global residencia y permiten como uso compatible aquellos que se pueden dar junto con el residencial. Las mismas contemplan como uso comercial

uno de los usos complementarios, siendo que lo asigna a la manzana ésta. El uso comercial para centros comerciales se enmarca en la manzana 5 y da condiciones de uso y a continuación dice que todos los demás usos deberán encuadrarse en bajos de vivienda, siendo que los otros no tienen que encuadrarse en el mismo. La manzana es uso residencial y como uso compatible que lo admite en esa manzana. El redactor del plan parcial dio pie a ese uso comercial.

El demandante informa sobre la obra en calidad de arquitecto y el ingeniero de caminos habla en general sobre las condiciones que deben reunir los accesos y por eso se le requiere. El servicio de movilidad establece que si se considera necesario se incorporará estudios sobre movilidad y tráfico. Hay uno favorable de 23/4/2015. Se hace un estudio estimado de tráfico y ese es el estudio para descongestionar el tráfico. Hay más informes del ingeniero junto con él en el que le comenta que se encuentra en la calle membrilla y había sido consciente que la calle se encuentra en mal estado. Afirma que la situación de aquella calle (que es la sujeta a procedimiento). Se señala que debe accederse por otro lado atendiendo al estado de la misma. Para que pueda considerarse solar debe haber parcela con tráfico. No pueden arriesgarse a quedar sin acceso a la parcela cuando haya que reparar la calle. Combinado todo ello es por lo que se hace así.

El uso comercial es compatible con el general residencial. No es obligatorio que deba ser simultáneo. El uso compatible puede llegar a sustituir. Puede darse uno u otro.

Los documentos 1 y 2 no sabe si forman parte o no porque el expediente es muy voluminoso. Se presenta documentación y se le requirió varias veces. Se referenció que era para una tienda AKI. En el encabezamiento se trata de una nave sin uso y la licencia se concede para una nave de esa forma. Primero se inicia una licencia de actividad y por eso viene de esa forma. Al separarlo se solicita la licencia de obra para nave sin uso. El uso será cuando se tramite la licencia de actividad y se permita la actividad. Como obra no tiene uso. La nave se modificara para el código técnico para las condiciones de vivienda y residencia y se cumpliera podrí tener el mismo. El proyecto no serviría para un uso residencial.

Los planos tienen la zona. Está destinada a uso residencia libre. Es un sistema general de zonas verdes y precios libres (10.5.1). En el sistema general es una zona verde de protección de viario. Tiene su frente y acceso por la vía 7. No está previsto ningún trayecto por las zonas verdes. Es la segunda versión que se envió al servicio de movilidad. Hay una parte que comunica aquí con la carretera de calatrava. Se efectúa sobre el suelo del espacio en relación de la DA 1ª y de la LOTAU. Estaba mal la otra vía. La LOTAU les obliga a estudiar la movilidad y el tráfico. Debe haber una vía abierta, pavimentada y en adecuadas condiciones. También está el informe de movilidad sobre le tráfico que permite la LOTAU. Sólo está hecha para acceder a esa parcela. La alineación viene definida sobre el proyecto de urbanización. El proyecto de urbanización es un uso residencial.. Cuando el redactor está redactando ello es cuando entra en juego. No es necesario modificar nada para facilitar ese acceso. Hay un montón de casos. El acceso de la calle Membrilla es insuficiente y deben descongestionar el tráfico. Lo permite la LOTAU. Se abre cuando se tramita

la licencia de actividad. A esa nave sin uso se le tramita para una actividad. Cuando se sabe la actividad que ya se sabía. Se comenzó tramitando de forma conjunta. En la calle Membrilla había problemas y también la congestión de tráfico. Es concurrente ambas circunstancias en la calle membrillas. No tiene sentido cambiar todo porque está muy próximo a la rotonda y no era razonable porque se interfería el tráfico. No se podría hacer lo que comenta porque tendrían el mismo problema pero agravado. El POM establece la extinción y en el art. 4.2.19 para la concesión de la licencia se exigen una serie de requisitos. Necesita la licencia de actividad cuando hay una actividad. Cuando se construye el edificio no se sabe qué va a ser el establecimiento. Él conocía pero se debía abstraerse porque se segregó y así debe ser.

CUARTO.- Sobre la tramitación separada y el pretendido fraude de ley.

Sostiene el demandante que debe considerarse nula la tramitación separada de la licencia para la construcción y la licencia de actividad, siendo igualmente que califica el supuesto de fraude de ley porque, a su entender, el conocimiento de la finalidad de la obra determinaría que se tramitara a sabiendas con carencia de uso para evitar controles y trámites.

De la prueba, alegaciones y la documentación que se ha analizado se pueden extraer una serie de conclusiones de hecho y de derecho sobre el particular en la manera que sigue:

4.1º.- En el ayuntamiento de Ciudad Real se han tramitado de manera separada pero prácticamente simultánea dos expedientes urbanísticos. Uno relacionado con la autorización de las obras de la nave que hoy nos ocupa y otro para autorizar la actividad de centro comercial que se iba a desarrollar en la misma.

4.2º.- No consta claramente si se solicitó de manera conjunta la licencia de actividad y la de obras en un principio. Lo que sí queda constancia claramente es que se declaró sin ningún tipo de ocultación que la construcción sería para una tienda AKI, de actividad como centro comercial.

4.3º.- Igualmente consta de manera indubitada que con posterioridad, y de manera separada, hay una petición de licencia de actividad para dicha nave que se tramita en expediente separado.

4.4º.- El artículo 163 TRLOTAU señala que *1. La licencia urbanística llevará implícita la concesión de las restantes licencias o autorizaciones municipales, integrándose el procedimiento previsto para éstas en el procedimiento de otorgamiento de licencia urbanística.*

2. En el supuesto de que los actos o actividades sujetas a licencia municipal requieran la previa tramitación de expediente de evaluación de impacto ambiental o, en su caso, de autorización ambiental integrada, o cualquier otro tipo de autorización ambiental por ser susceptibles de originar daños al medio ambiente y causar molestias o producir riesgos a las personas y bienes quedará en suspenso la

tramitación del procedimiento de concesión de licencia, así como el cómputo del plazo para resolver, hasta tanto se acredite por el solicitante el carácter favorable de la correspondiente declaración o la obtención de la autorización, y la inclusión, en su caso, en el proyecto de las medidas correctoras resultantes de una u otra. No se podrá otorgar la licencia cuando la declaración de impacto hubiera sido negativa, no se obtenga la autorización ambiental integrada o de la autorización ambiental correspondiente o se incumplieran las medidas de corrección determinadas en las declaraciones y autorizaciones señaladas.

3. Las licencias urbanísticas podrán denegarse por los motivos previstos en la legislación específica que regule las autorizaciones o licencias municipales a que se refiere el número 1 y quedarán sujetas al régimen de verificación, inspección y, en su caso, sanción previsto en dicha legislación.

4.5º.- Atendiendo a todo lo anterior, y con pleno respeto a la interpretación y alegaciones del demandante, se considera que el art. 163 TRLOTAU no afecta a la tramitación de las licencias, sino que el mismo determina los efectos de la concesión de las mismas, cumpliendo además la previsión sectorial y autonómica de un criterio general en relación a las licencias y que se puede identificar en la reducción de trámites y agilización administrativa para eliminar duplicidades (art. 17 L. 17/2009). No implica por tanto una regla procedimental, sino la extensión de efectos de una licencia a otro. Se refiere a la resolución y sus efectos y no al procedimiento.

4.6º.- En materia de licencias el criterio general en Castilla La Mancha es, según el art. 161.1 TRLOTAU, que el procedimiento lo fijen las Ordenanzas de cada uno de los municipios y sólo en defecto del procedimiento especial se acudirá de manera supletoria al procedimiento que fije la Junta de Comunidades.

En concreto el mismo estaría regulado por la Ordenanza Municipal de Licencias Urbanísticas (en lo que al procedimiento se refiere y sin perjuicio de su integración con las previsiones del POM que se refieren al derecho sustantivo en cuanto a conceptos y requisitos y no procedimental), en adelante OLU, publicado en el BOP de Ciudad Real de 2 de Septiembre de 2005. El mismo recoge como acto sujeto a licencia la construcción (art. 3.1.a de la OLU) y por otro lado la licencia de actividad o uso, considerándose, no obstante, como un único acto o licencia el conjunto de actos de construcción y uso del suelo, vuelo y subsuelo (art. 3.4 OLU) que se hayan de realizar simultáneamente.

4.7º.- El régimen concreto de los procedimientos a tramitar en esta materia se contiene en los arts. 22 y ss de la OLU, que remite a las normas generales de la LRJ- PAC (hoy L. 39/2015).

En lo que ahora interesa se recoge el principio de celeridad que señala (art. 23 OLU) en igual sentido que los arts. 72 L. 39/2015 y art. 75 LRJ- PAC y que viene a señalar que *Se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.*

En relación con la cuestión de este fundamento se dice en el art. 28 de la OLU que el criterio general es la tramitación conjunta de *usos del suelo, construcción y edificación para la implantación de actividades que recaigan sobre la misma parcela, solar, inmueble o local*. Ello no obstante, en su apartado 2 dice que *No obstante y con la finalidad de que se pueda finalizar o continuar, al menos en parte, con la actuación pretendida, el solicitante podrá solicitar al menos la concesión de la licencia para aquellas actuaciones que sean autorizables y no comprometan la decisión sobre el resto, siempre que quede asegurada la viabilidad urbanística básica de la actuación principal*. El art. 29 permite el régimen de solicitudes parciales cumpliendo los diferentes trámites que en la misma constan.

En cuanto a la solicitud el art. 31 reproduce el régimen general de la LRJ- PAC, hoy L. 39/2015 sin añadir más requisitos que la documentación referente al proyecto. Por su parte el art. 4.2.19 de las Normas urbanísticas que alega el demandante exige como requisito para la licencia de obra la licencia de actividad. Esta norma es de fondo y por tanto sería un requisito sustantivo y no procedimental, pues tanto daría que se hiciera simultáneamente como previamente (la de actividad sobre la obra) y aparece contrario además ese artículo (reglamentario) al art. 169.2.a TRLOTAU, lo que implica además que esta norma, posterior y superior en rango deba considerarse como derogatoria tácita de aquella.

4.8º.- En relación al impacto ambiental que dice el demandante que se ha eludido o se ha pretendido eludir cabe señalar que la actividad de centro comercial no es una actividad sujeta ni a informe ni a evaluación de impacto ambiental conforme a los anexos de la Ley 21/2013 de 9 de Diciembre, o al menos no se acredita que así sea, siendo que un centro comercial dentro de un área urbanizable no parece que sea una actividad que tenga o pueda tener un efecto significativo en el medio ambiente, con lo cual por un lado no hay ocultación y por otro tampoco se llega a conocer cuál es la norma desplazada de aplicación para poder apreciar el pretendido fraude de ley.

En Castilla La Mancha se promulgó la Ley 2/2010 del Comercio en Castilla La Mancha, que define esta actividad como gran superficie (art. 11), sin que tal actividad aparezca en los anexos de dicha ley (la 21/2013) como de necesario control medioambiental en lo que a su impacto se refiere.

4.9º.- Pues bien atendiendo a que son licencias separadas, a que existe la posibilidad expresamente prevista de tramitación separada de ambas licencias, a que igualmente no se aprecia tampoco que se haya provocado ningún tipo de fraude de ley porque no consta eludido trámite alguno no se comparte que exista por este motivo tacha de nulidad de tipo alguno porque si bien es verdad que se exige con carácter previo la licencia de actividad en el presente caso no es que la misma no exista (lo que llevaría a la anulación por falta de los requisitos), sino que se ha tramitado la licencia de obras con carácter previo. Es un defecto de forma, no de fondo, pues se repite la licencia existe y ello es indiscutible.

Así lo más que se hubiera infringido sería la tramitación conjunta, que no es así porque el art. 28.2 OLU permite la tramitación separada, la reacción no es la nulidad

de la resolución. Primero porque no se ha omitido ningún trámite y menos aún un trámite esencial que determinaría la nulidad (art. 62.1.e LRJ- PAC o art. 47.1.e L. 39/2015). Segundo porque hay una solicitud separada y por tanto la omisión no sería tanto la falta de tramitación conjunta como la falta de acumulación (art. 73 LRJ- PAC; art. 57 L. 39/2015) de ambos procedimientos. Tercero porque la licencia existe.

En este caso como se ve la sanción de nulidad aparece desproporcionada en la medida en la cual el único efecto es el incumplimiento de la concentración de trámites, y siendo además que se puede tramitar de manera separada ambos procedimientos. Como vicio de forma que sería esa tramitación separada (o posterior de la licencia de actividad) exigiría que se le impidiera al procedimiento alcanzar sus fines o cause indefensión (art 63.2 LRJ- PAC; art 48.2 L. 39/2015), lo que ni se alega ni se produce, siendo que no es norma esencial que deje o prive de un elemento *sine que non* para poder hablar de nulidad de pleno derecho conforme al art. 62 LRj- PAC o 47 L. 39/2015.

Se recuerda que en el ámbito del derecho urbanístico cabe tanto la subsanación como la legalización de las actuaciones mediante el cumplimiento de aquellos requisitos que estaban omitidos, lo que en este caso se produciría con la obtención posterior de esa licencia que en un principio e indebidamente no se tenía.

Cabe citar la STSJ de Galicia, secc. 2ª, de 5 de Febrero de 2009 que señala que *"...la St. del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2002 (Ref. el derecho 2002/87153) (dice) que "...la tramitación conjunta de la licencia de obras y la de actividad tiene un carácter instrumental, para favorecer al solicitante de la licencia, puesto que su tramitación separada podría dar lugar a la concesión de una licencia de obras, sin finalidad alguna si posteriormente se deniega la licencia de actividad, con el quebranto económico que ello pudiera producir. Ahora bien la omisión de dicho requisito no puede provocar la nulidad radical del acto de concesión de la licencia. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , sanciona con la Nulidad de pleno derecho a aquellos actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En el caso presente no puede sostenerse que se haya dictado la resolución sin procedimiento, pues este se ha respetado en lo referente a la licencia de obras..."*

La mencionada STSJ de Madrid, secc. 2ª, de 25 de Octubre de 2002 señala en relación a esta cuestión de la prelación temporal de licencias de actividad sobre la de obras que *"...La primera cuestión a determinar como ya hemos adelantado hace referencia a la relación entre licencia de instalación y licencia de obras. Este Tribunal ha tratado este problema en Sentencia de 21 de octubre del año 2000 (recurso 1764/1995) al estudiar el artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 que establece que cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuere procedente. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1.983*

la interpretación del artículo 22.3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales una constante jurisprudencia de la que se hace eco la Sentencia de del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1980, ha declarado, que el condicionamiento de la licencia de obras, por la previa apertura, solamente es exigible cuando se trata de construcciones específicamente destinadas a una actividad tan singular que la previa autorización de apertura resulte notoriamente necesaria, para evitar los graves perjuicios que se ocasionarían al interesado con la concesión anticipada de una licencia para realizar unas obras que por sus especiales características resultarían inútiles caso de denegarse autorización para ejercitar la actividad en función de la cual fueron proyectadas y ejecutadas, y en razón a ello, que dicho precepto excepcional contempla una estrecha interdependencia entre la construcción y el muy específico uso al que se destina. Por lo tanto como establece la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1.995, la finalidad de ambas licencias, la de obras y la de instalación o apertura, es diferente aunque convergente en aras de alcanzar la más amplia garantía en el logro de la seguridad y salubridad necesarias para la seguridad pública, la paz social y el adecuado sosiego en las incidencias habituales de la vida familiar e individual. La licencia de obras, desde la estricta perspectiva urbanística, ha de otorgarse si la obra o edificación proyectada está de acuerdo con las previsiones de Ley del Suelo y de los Planes de Urbanismo en general tal como especificaba artículo 178.2 Ley del Suelo de 9 abril 1976. La licencia de apertura para el funcionamiento de una determinada actividad clasificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa tiene por objeto el evitar que cualquiera de esas actividades clasificadas, a realizar en un determinado edificio o conjunto de ellos, produzca incomodidades o altere las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente u ocasionen daños o impliquen riesgos graves para las personas y los bienes. Naturalmente, el precepto del artículo 22. 3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales determina la precedencia temporal de la licencia de apertura respecto de la de obras, fundamentalmente para la más adecuada protección de los intereses privados de los titulares de las licencias porque es claro que otorgada la licencia de obras y realizada la edificación consiguiente, con los grandes costos económicos que ello suele implicar, todo ello quedaría sin el aprovechamiento perseguido si no se autorizara la actividad pretendida, con los perjuicios que ello implica para su titular. Pero ello no implica que la licencia de obras para una determinada actividad, concedida con anterioridad a la licencia de apertura correspondiente, no pueda ser legalizada o convalidada cuando la meritada licencia de apertura es autorizada después, porque tal como ya tiene establecido esta Sala en Sentencias de 3 de abril de 1990 y 18 de junio de 1990 la interdependencia y orden de prelación de ambas licencias, están proyectadas sobre el principio de una hipotética responsabilidad patrimonial, por el posible funcionamiento anormal de la administración en la inobservancia de la precedencia temporal señalada en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, al estar establecida tal procedencia, como hemos dicho, primariamente en intereses del particular afectado. En todo caso el artículo 22.3 del reglamento de Servicios no supedita la licencia de obras a la de actividad en términos absolutos, el condicionamiento lo realiza en términos más relativos, lo hace fundamentalmente en defensa de los intereses del peticionario de la licencia, para evitarlo el costeamiento de una construcción, que luego no pueda utilizar, dado el fin perseguido con ella así lo señala la Sentencia de la sala Tercera de) Tribunal

Supremo de 3 de Abril de 1.990 si bien como declara la Sentencia de 28 de Octubre de 1.989 dicha norma no es una norma de Derecho dispositivo: su finalidad se extiende no sólo a la protección del solicitante frente a un gasto que puede resultar frustrado en definitiva, sino también a la del interés general, contrario a la inútil consunción de riqueza -construir para luego demoler o adaptar-, y de los vecinos de la zona. En todo caso se superdita la obtención de la licencia de apertura o actividad a la de obras sin que la concesión de esta implique la obligación del Ayuntamiento de otorgar aquella. Así lo señala la jurisprudencia en sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1.996, cuando declara que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales no puede interpretarse en el sentido inverso de que, concedida la licencia de obras, necesariamente ha de ser otorgada después la licencia de apertura, ya que el incumplimiento de dicho precepto no puede llevar a autorizar un uso ilegal, cualesquiera que puedan ser en otro orden de cosas las consecuencias de la actuación administrativa (la cual, en todo caso, ha sido provocada por el particular que solicitó la licencia de obras). Idea esta reiterada en la Sentencia de 7 de junio de 1.984 cuando manifiesta que no obstante la interdependencia entre ambas licencias prevista en el artículo 22.3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, el otorgamiento anticipado de la licencia de obras para un edificio que, con arreglo al proyecto presentado va a ser destinado específicamente a establecimientos de características determinadas, no conlleva el necesario otorgamiento de la licencia de apertura, siendo posible negar ésta una vez levantado el edificio, toda vez que la licencia de apertura es la que vincula la licencia de obras, y no viceversa- Sentencias de 15 de diciembre de 1966, 16 de noviembre de 1971, 14 de febrero de 1978 y 17 de junio de 1981. En conclusión no obstante la indiscutible interdependencia de las licencias de obra y de actividades, con lo dispuesto en el artículo 22,3 del Reglamento de Servicios de las corporaciones Locales de 17 junio 1955 lo único que se trata de evitar, en cuanto concebido en beneficio del Administrado, es la producción de autorizaciones que resultasen estériles y la realización de las obras correlativamente inútiles con el consiguiente perjuicio que para el particular deriva de ello, si no llega a conseguirse la licencia de apertura, por lo fue la inobservancia de dicha norma en cuanto al orden temporal de ambas licencias, no genera la nulidad de lo actuado porque el citado precepto no significa que no se pueda otorgar la licencia de obras sin el previo otorgamiento de la de actividad, sino que la perseguida finalidad del mismo radica en tratar de evitar al administrado el perjuicio que puede suponerle la realización de una obra, con los graves costos que ello comporta usualmente sin estar en previa posesión del permiso de actividad, sin el cual resultaría vana la construcción del edificio apto para tal actividad. Así lo señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1980, 28 de junio de 1982, 21 de febrero de 1989, 3 y 17 abril de 1990 y 28 de Octubre de 1.996, y las mas recientes de 26 de junio de 1.998 y 17 de Mayo de 1.999. El artículo. 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales sobre el principio de hipotética responsabilidad patrimonial, por el posible funcionamiento anormal de la Administración municipal, si permitiese la ejecución de unas obras destinadas a una actividad para la que no pudiera concederse licencia de apertura y por tanto no puede ser esgrimido como causa de nulidad en relación con la licencia de obras, aun cuando no se haya concedido la licencia de actividad. Por otra parte este Tribunal tiene declarado en sentencia de 14 de Diciembre de 1.999, en el recurso n° 2.553/94

ha señalado que la tramitación conjunta de la licencia de obras y la de actividad tiene un carácter instrumental, para favorecer al solicitante de la licencia, puesto que su tramitación separada podría dar lugar a la concesión de una licencia de obras, sin finalidad alguna si posteriormente se deniega la licencia de actividad, con el quebranto económico que ello pudiera producir. Ahora bien la omisión de dicho requisito no puede provocar la nulidad radical del acto de concesión de la licencia. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 62 de la Ley 30/1.992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de) Procedimiento Administrativo Común, sanciona con la Nulidad de pleno derecho a aquellos actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En el caso presente no puede sostenerse que se haya dictado la resolución sin procedimiento, pues este se ha respetado en lo referente a la licencia de obras. Por lo tanto en todo caso si dicho defecto formal no puede recogerse en ninguno de los motivos recogidos por el artículo 62 de la Ley 30/1.992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como causa de nulidad de pleno derecho, sería de aplicación el artículo 63 que establece que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, mas a continuación dicho precepto añade que no obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados, estableciendo el artículo 66, el principio de conservación de los actos pues señala que el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Debe además señalarse que dado el carácter instrumental de la norma alegada, resulta en extremo dudoso que el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo, permita anular una licencia por razones procedimentales, dado que la finalidad de dicha acción pública es la preservación del ordenamiento urbanístico y no el procedimental, mas aún cuando como hemos dicho la finalidad de la norma alegada es proteger al solicitante y en este sentido ha de ser interpretada. De ello deducimos que dada la naturaleza de la norma, el artículo 22,3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, no puede ser alegado por un tercero pues su finalidad es la de proteger los intereses del petionario de la licencia y su incumplimiento no acarrea otra consecuencia distinta a la posible responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, sin que sea motivo de nulidad tanto de la licencia de obras como de la apertura obtenida en un expediente administrativo independiente.”

4.10.- Conclusión de todo lo anterior es que no hay motivo para la nulidad de las licencias por la tramitación separada de ambas.

QUINTO.- Sobre la nulidad pretendida por el régimen de usos de la parcela afectada por la obra objeto de la licencia impugnada.

Reclama que el uso es residencial y que no es compatible el uso de la nave con los usos asignados por la planificación a la mencionada parcela.

Así la cuestión es si el uso comercial que la parcela 6-5-M-5S-ACALZ tiene recogido como compatible respecto del uso global residencial puede o no producirse de manera no sincrónica en relación con aquel.

Sobre este particular se ha de concluir y valorar lo siguiente:

5.1º.- Las partes parecen conformes en que el uso global, y además mayoritario, es el residencial respecto de ese sector y que, además el uso comercial es complementario conjuntamente con éste.

5.2º.- La cuestión es si por tanto se puede autorizar una nave que se destinará a uso comercial sin que se pueda dar un uso residencial a la misma.

5.3º.- La interpretación que hace el demandante limita el uso comercial a los usos del comercio minorista, pues considera en sus fundamentos de derecho que sólo se podría otorgar la licencia para los pequeños establecimientos, defendiendo en mayor o menor medida una idea similar a pequeños locales en bajos de edificios destinados primordialmente a vivienda. El ayuntamiento y la mercantil defienden que el uso comercial permite la instalación de un centro comercial como el que se ha instalado en la manzana en cuestión sin perjuicio de que el uso del sector sea global y mayoritariamente destinado a residencia.

Ya se adelanta que difícilmente puede asumirse la interpretación que hace el demandante cuando expresamente (anexo III del escrito de conclusiones de BRICORAMA) se permite el uso comercial de centros comerciales, centro comercial que no se define pero que se puede definir a través del art. 1.2 y 2 de la Ley 7/1996 del comercio minorista, y sin perjuicio del antes mencionado art. 11 L. 2/2010 de CLM.

5.4º.- En definitiva la cuestión es si ese uso complementario debe darse conjunta y simultáneamente en la parcela sobre la que recae es suficiente que se den tales características en el sector en su conjunto más allá de cada una de las parcelas, manzanas o zonas en que el mismo se divida.

Así respecto del sector es obvio que debe referirse a un uso conjunto en el sentido de compatible y sincrónico (al mismo tiempo), pero en la manzana (subdivisión de éste) no necesariamente es así, pues el uso conjunto dentro del sector puede ser compartiendo los espacios y dividiendo los mismos siempre que respecto de las diferentes partes de ese sector no esté legalmente excluido.

Así cabe señalar que el informe del arquitecto municipal habla de los usos del sector A- CALZ. Por tanto se refiere a los usos globales del sector. En este sentido cabe recordar la STS de 22 de Marzo de 2013 que afirma que *“...Ahora bien, cuando la legislación urbanística (autonómica) lleva a cabo un reparto de cometidos entre los distintos instrumentos de planeamiento como el que aparece descrito en el fundamento tercero de la sentencia de instancia, puede suceder, y en este caso sucede, que la asignación de un uso global en el Plan General no sea plenamente ilustrativa del destino que vaya a tener la parcela, pues, según explica la Sala de*

instancia, en la ordenación pormenorizada que aborde el Plan Especial tiene cabida la concreción de usos complementarios o asociados sin que ello suponga contravenir las determinaciones estructurantes del Plan General.”

No es una cuestión controvertida la existencia de un uso comercial complementario dentro del sector A- CALZ. Ello explica que la parte demandante alega (a juicio del que suscribe y sin perjuicio de superior y mejor criterio) erróneamente refiriéndose a la parcela o manzana en cuestión. La compatibilidad debe producirse no respecto de cada uno de las partes del sector, sino en el conjunto del mismo, pues es al sector en su conjunto al que se refiere la determinación de los usos (y salvas las excepciones en que se prohíban o se zonifiquen de manera concreta los usos dentro del mismo), siendo que en concreto la parcela sobre la que se ubica la pretendida instalación tiene un uso comercial posible, pues así se informó y se ha declarado por parte del arquitecto municipal de manera expresa (habla de la manzana o parcela 5 del sector), al igual que consta en el anexo documental III que la parte demandante aporta junto con su escrito de conclusiones (literalmente dice que el uso comercial para centros comerciales, como el que aquí nos ocupa, sólo puede realizarse en la manzana 5).

Por tanto tampoco se aprecia esta tacha de nulidad.

SEXTO.- De la ocupación de una parcela destinada a espacio libre por el vial de acceso al centro comercial y su relevancia de cara a la licencia de obras.

Respecto de esta cuestión cabe señalar varias cuestiones:

6.1º.- Que el vial de acceso a través de la calle Calvo Sotelo se extiende sobre un terreno municipal destinado a zona libre o zona verde es algo que no se discute en el presente procedimiento. Así ha sido admitido por las partes demandadas en sus escritos rectores y así ha sido declarado por el sr. Arquitecto municipal en la vista de la práctica de prueba.

Igualmente queda constancia (razonamiento o fundamento noveno de la resolución y del informe de urbanismo, al folio 58 y 80) que la ocupación o utilización de este vial tiene una voluntad temporal en tanto que se desarrolla la reparación de la calle Membrilla, calle que se encuentra en reparación por los defectos apreciados y decididos en la Sentencia de este juzgado de fecha de 23 de Agosto de 2017, hoy firme según el registro electrónico del juzgado.

También se puede ver la escasa ocupación de dicha zona al doc. 6 de la demanda en que se aprecia la escasa distancia y anchura del vial que se instala para salir a la vía pública.

6.2º.- Partiendo de ello las demandadas utilizan dos argumentos para justificar jurídicamente esta actuación. Así lo primero dice que es una cuestión y práctica muy extendida y aporta fotografías de diferentes lugares. Posteriormente aporta una justificación en relación a que no se afecta la finalidad, espíritu y naturaleza de esa función por la construcción de un vial de 6 metros de ancho.

6.3º.- Lo primero que hay que decir es que el hecho de que se utilice o quiera utilizar un terreno de dominio público para un uso privado no implica siempre que se deba desafectar el mismo o se haya de alterar la naturaleza jurídica de éste a través del procedimiento al efecto conforme al art. 81 LBRRL. La utilización privativa o aprovechamiento especial de los bienes de dominio público es perfectamente asumible siempre que los mismos cumplan los requisitos que marca la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (arts. 84 y ss L. 33/2003), y en este caso el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986). Por tanto de aquí ya se puede limitar el argumentario de la demandante en la medida en que no es necesaria la modificación de la naturaleza de los bienes, y es más, la naturaleza no se ve afectada por el uso de estos bienes, pues los bienes demaniales son imprescriptibles (art. 132 CE, art. 80 LBRRL).

La utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público se legitima no en base a su naturaleza, sino en base al título habilitante (art. 84 LPAP), lo que igualmente sirve para desestimar las alegaciones de los demandados de intentar justificar la ocupación de la zona verde a través de las fotografías de ocupaciones análogas, pues la realidad es que no se sabe exactamente qué situación jurídica tienen los diferentes usos que documentan, pues no se sabe si han sido cedidos, modificados o son objeto de concesión, etc.

6.4º.- Según las partes en litigio la parcela en cuestión tiene su acceso por la calle Membrilla, acceso que hoy no puede ser utilizado por los múltiples defectos que la propia calle tiene por motivos ajenos tanto a la mercantil interesada y hoy demandada como al propio ayuntamiento.

Ante la falta de seguridad se ofreció la alternativa de realizar ese paso que se documenta en el doc. 6 a través del espacio libre señalado como forma de garantizar el acceso.

El demandante alega que el acceso a través de esa zona verde es nulo porque no es compatible tal uso con la propia naturaleza de la zona verde. A ello se debe añadir que no se ha llevado ningún tipo de procedimiento para conceder el acceso a través de la mencionada zona verde ni se ha generado derecho alguno a favor de la Hacienda Local.

6.5º.- Es cierto que existe la previsión legal del acceso a través de la calle Membrilla, que es el acceso propio y necesario del centro comercial, lo que no tiene previsión el Plan Parcial ni el Plan General es qué pasa cuando dicho acceso, por motivos ajenos a la administración (PO 265/2014) no es operativo.

Resulta que la situación no es tan simple como una mera ocupación ilegítima, sino que se produce un choque entre la legalidad formal (que exigiría el respeto pleno a las previsiones y por tanto la imposibilidad de usar otro acceso que no sea el previsto en los planes) y el derecho de un propietario a dar acceso a la propia parcela, más cuando ninguna responsabilidad tiene en el cierre de aquel acceso y la primera de las opciones en el proyecto de construcción fue precisamente

acomodarse directamente a la legalidad y solicitar el acceso a través de la calle Membrilla, acceso que por motivos de seguridad se consideró por los técnicos municipales que no podría asumirse.

6.6º.- Por tanto aquí se considera que el único defecto consiste en haber obviado el procedimiento de concesión o autorización para que mientras permanece la calle Membrilla en las condiciones en las que se encuentra (hundimiento de parte de su estructura por una deficiente compactación del terreno de obras antiguas y de la propia urbanización), cuestión que una vez solventada (pues se considera que es perfectamente subsanable y legalizable a través de la oportuna concesión del dominio público y del devengo de las correspondientes cantidades por la ocupación del mismo) haría perfectamente válido y legítimo dicho acceso desde el punto de vista formal y material, pues la forma de entender el problema que señala el demandante llevaría a negar la posibilidad de acceso a unas parcelas por el hecho inesperado del hundimiento de la calle que le daría acceso.

6.7º.- Así las cosas se entiende que es un defecto de forma el que afecta a la licencia en lo que al acceso se refiere, siendo perfectamente válida en el resto de sus elementos, se considera que el art. 49.2 L. 39/2015 y art. 64.2 LRJ- PAC determinan la posibilidad de declarar la validez del resto de la licencia de obras, que es lo que aquí se está analizando, cuando dicen que *La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.*

Así la licencia de obras tiene o tenía por objeto la construcción de la nave, nave que ya se construyó, y se entiende que conforme a las previsiones urbanísticas a la misma aplicable a excepción del acceso a las obras debido a los defectos en la autorización a través de la zona de uso libre o zona verde. Lo único que no se realizó plenamente conforme a derecho sería el acceso a la mencionada nave, pero se vuelve a repetir que se trata aquí únicamente de la licencia para la construcción y no para el uso de la mencionada nave, lo que hace que esa ilegalidad no afecte al resultado constructivo (que cumple con las determinaciones del planeamiento) y que además, atendiendo a que la licencia de construcción se agota con la propia construcción de la nave, sus efectos no se proyecten en el tiempo en la medida que deba considerarse un acto plenamente agotado y perfecto tras la construcción autorizada a través de la licencia.

Esta cuestión habrá de volver a ser analizada desde el punto de vista de la licencia de actividad en el procedimiento correspondiente a ello, pues obviamente no es la misma situación jurídica, pero se entiende que los defectos de forma en la legalización de ese acceso no afectan a la legitimidad de la licencia para la construcción de la nave y tampoco a la propia construcción que se considera correcta y ajustada al planeamiento por lo ampliamente razonado en los fundamentos que anteceden.

SÉPTIMO.- Pronunciamiento, costas y recursos.

7.1º.- Procede la estimación parcial del recurso contencioso administrativo (art. 70.2 LJCA) y en consecuencia declarar la ilegalidad de los accesos a la nave, declarando la nulidad (art. 71.1.a LJCA) parcial de la licencia únicamente referida a ello, sin perjuicio de mantener el resto de la licencia plenamente en vigor.

7.2º.- Procede no imponer costas a ninguna de las partes ante la estimación parcial de la demanda conforme al art. 139.1 LJCA.

7.3º.- Es susceptible de recurso de apelación la presente conforme al art. 81.1 LJCA.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. El Rey y en uso de la potestad que me confiere la Constitución Española,

FALLO

Que **ESTIMO** de manera **PARCIAL** el recurso contencioso administrativo presentado por La mercantil **BRICORAMA IBERIA S.L.**, representada por **DÑA. Mª VICTORIA NOA APARICIO** y asistida por **D. ALFREDO CEREZALES FERNÁNDEZ** como parte demandante frente al **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL**, representado y asistido por **D. CRIPRIANO ARTECHE GIL** como parte demandada, habiendo intervenido **AKI BRICOLAJE S.A.** representada por **DÑA. Mª DEL CARMEN ANGUITA CAÑADA** y asistida por **D. JESÚS AVEZUELA CÁRCEL** como interesado en la posición de codemandado y en consecuencia:

1º.- ANULO la licencia impugnada en lo relativo a los accesos a la obra, manteniendo la vigencia del resto de elementos y contenido de la misma.

2º.- No se hace imposición de costas.

La presente resolución **no es firme** y podrá ser recurrida en **apelación** conforme a lo dispuesto en el art. 85 y ss. De la LJCA en el plazo de 15 días por escrito a presentar ante este juzgado.

Procédase a dejar testimonio de esta sentencia en las actuaciones, y pase el original de la misma al Libro de Sentencias. Una declarada la firmeza de la sentencia, devuélvase el expediente a la Administración pública de origen del mismo.

Así por esta, mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Sr. Magistrado-Juez que la dictó y firma, constituido en audiencia pública. Doy fe.

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1 ALBACETE

SENTENCIA: 00093/2020

Recurso de Apelación nº 174/2018

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Ciudad Real

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª

Presidenta:

Dª Eulalia Martínez López

Magistrados

D. Constantino Merino González

D. Guillermo B. Palenciano Osa

Dª Inmaculada Donate Valera

Dª Purificación López Toledo

SENTENCIA Nº 93

En Albacete, a 12 de mayo de 2020.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 174/2018 de Recurso de Apelación seguido a instancias de la mercantil **BRICORAMA IBERIA SL** que ha actuado bajo la representación procesal de la Procuradora doña Victoria Noa Aparicio, frente a sentencia número 6/2018, de 16 de enero de 2018, recaída en procedimiento ordinario 114/2016, de los tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real, siendo parte apelada el **EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL**, representado y asistido por el letrado don Julián Gómez-lobo Yanguas así como la mercantil **AKI BRICOLAJE S.A.** representada por Dña. Mª DE L C ARMEN ANGUITA CAÑADA, sobre URBANISMO; siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Constantino Merino González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia número 6/2018, de 16 de enero de 2018, recaída en procedimiento ordinario 114/2016, de los tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se plantea por la mercantil BRICORAMA IBERIA SL solicitando el dictado de sentencia que estime el recurso de apelación, revoque la sentencia impugnada y dicte

sentencia que anule y deje sin efecto el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del ayuntamiento de Ciudad Real de fecha 25 de enero de 2016.

Del escrito interponiendo recurso de apelación se ha dado traslado a las demás partes, habiendo presentado escrito de oposición a la apelación e l Excmo Ayuntamiento de Ciudad Real, solicitando la desestimación del mismo. De igual forma se ha presentado escrito de oposición por la mercantil AKI BRICOLAJE S.A., que ha solicitado el dictado de sentencia que confirme la dictada en primera instancia con imposición de costas a la parte apelante.

TERCERO - Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba ni planteado in admisión del recurso de apelación se señaló día para votación y fallo, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.

El recurso de apelación se interpone frente a sentencia número 6/2018, de 16 de enero de 2018, recaída en procedimiento ordinario 114/2016, de los tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real, con el FALLO siguiente:

"Que ESTIMO de manera PARCIAL el recurso contencioso administrativo presentado por La mercantil BRICORAMA IBERIA S.L., representada por DÑA. Mª VICTORIA NOA APARICIO y asistida por D. ALFREDO CEREZALES FERNÁNDEZ como parte demandante frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, representado y asistido por D. CRIPRIANO ARTECHE GIL como parte demandada, habiendo intervenido AKI BRICOLAJE S.A. representada por DÑA. Mª DEL CARMEN ANGUITA CAÑADA y asistida por D. JESÚS AVEZUELA CÁRCCEL como interesado en la posición de codemandado y en consecuencia:

1º.- ANULO la licencia impugnada en lo relativo a los accesos a la obra, manteniendo la vigencia del resto de elementos y contenido de la misma.

2º.- No se hace imposición de costas.

Conviene reproducir, parcialmente, los ANTECEDENTES DE HECHO de la sentencia, que fijan, en correcta técnica jurídica, el objeto del recurso contencioso y las peticiones de las partes:

SEGUNDO.- Es objeto del procedimiento contencioso administrativo la Licencia de obras otorgada en la parcela 6.5 del Sector ACALZ, entre Avda. Calvo Sotelo y Carretera de Valdepeñas, promovidas –según el cartel que consta en la obra y por la información de su página web- por ACTIV-GROUP...

CUARTO.- Que en fecha de 6 de Mayo de 2016 se recibió expediente administrativo, debiendo ser completado a petición de la parte, dando finalmente trámite para la presentación de la demanda, lo que se hizo en fecha de 15 de Julio de 2016. Admitida por decreto de fecha de 21 de Julio de 2016, siendo contestada por escrito de fecha de 30 de Marzo de 2017 por la mercantil y en fecha de 18 de Octubre de 2016 por la administración.

En el suplico de la demanda se solicitaba que previos los trámites pertinentes, incluso el recibimiento a prueba que expresamente se interesa, dicte sentencia por la que, estimando este recurso contencioso administrativo, anule y deje sin efecto alguno el citado acuerdo, con imposición de las costas procesales al Ayuntamiento demandado.

En el fundamento de derecho PRIMERO la sentencia apelada detalla "las alegaciones de las partes", en los términos siguientes:

1.1º.- La demanda. Comienza haciendo un relato cronológico del expediente administrativo de las licencias impugnadas y de la documentación técnica de la que dispone el mencionado expediente administrativo.

1.1.I) Así en primer lugar considera que el acuerdo de la Junta de Gobierno Local es nulo por infringir el art. 163 LOTAU, considerando que además constituiría un fraude de ley. El motivo es porque se solicitó una licencia de obra y actividad para edificio comercial por Aki, modificándolo posteriormente a una licencia para nave, aceptándolo posteriormente el ayuntamiento con el mismo proyecto y sin resolución alguna, mediante una licencia para "nave sin uso". Así considera que desde el principio se sabía que era para la instalación de una tienda AKI aunque se haga constar que era para nave sin uso. Por ello considera que se elude el contenido de la ley para no otorgar a la vez la licencia de actividad junto con la de construcción, con el fin declarado (según el demandante) de eludir el informe del órgano autonómico.

1.1.II) Alega igualmente la infracción del régimen de usos del planeamiento vigente para la parcela en cuestión que se encontrarían en el plan parcial del sector S-ACALZ que consideran que sólo hay dos usos globales el residencial y el dotacional, no el comercial que se pretende otorgar, siendo el mayoritario el uso residencial. Considera que sólo podría otorgarse si se considerara que es un uso compatible con los anteriores, lo que no ocurre al no existir una definición de centro comercial, siendo que además no se ajusta a la tipología edificatoria autorizada en las normas, tachando de infundado el informe del arquitecto municipal.

1.1.III) Argumenta igualmente una serie de infracciones tanto urbanísticas como patrimoniales en relación al uso del dominio público, pues permite que se invada una parte de una parcela para uso de zona verde con los accesos a la meritada parcela, prescindiendo del procedimiento para la modificación del uso de la parcela en cuestión, eludiendo así mismo la intervención aprobatoria de los órganos de la administración autonómica, siendo que también la invasión elude la aplicación y garantías procedimentales para el régimen de titularidades y usos de los bienes de dominio público.

1.2º.- La contestación del ayuntamiento de Ciudad Real. Sostiene el ayuntamiento que hay una falta de legitimación activa en la demandante por carecer de interés en la resolución y sus efectos y por considerar que hay una voluntad de obtener a través de este procedimiento beneficios económicos evitando la competencia. Manifiesta que los informes del servicio de movilidad son de carácter técnico y requerían la presentación de la documentación que permitiera considerar los aspectos esenciales de los accesos para cumplir con la normativa de desarrollo para los accesos de vehículos a este tipo de construcciones y los requerimientos para la fluidez del tráfico. Igualmente afirma que no se puede equiparar trámites administrativos y validez jurídica con las declaraciones políticas a que haya lugar.

Por otra parte viene a realizar un esfuerzo argumentativo de cara a desligar la licencia de actividad y la licencia de obra que se ha solicitado y que se ha otorgado por el propio interesado y el ayuntamiento, manifestando la voluntad de agilizar plazos y no de eludir ningún tipo de informe, analizando igualmente los usos compatibles y autorizados en la parcela en cuestión y los requisitos y elementos para ello. Considera que no son lo mismo y no es necesario que se otorguen de manera conjunta.

Respecto de los accesos viene a recalcar los problemas que existen en la calle Membrilla, de los cuales ha conocido y resuelto este juzgado en el PO 265/2014 y que es una forma de atajar los mismos la disposición de los accesos. En cualquier caso considera que la utilización de los accesos en la forma en que se realiza no puede considerarse

como un incumplimiento de la esencia y naturaleza de los espacios verdes o libres, aportando diversos ejemplos para ello.

1.3º.- La contestación de Aki Bricolaje. Tras realizar una exposición del contenido del expediente y de los hechos relevantes, señala que hay una tramitación escrupulosa y cuidada de las normas urbanísticas, no siendo de recibo la actuación de la demandante y considera que la ocupación del dominio público por un acceso no altera su finalidad y su naturaleza atendiendo a la escasa anchura del mismo (6 metros).

Insiste igualmente en la excepción procesal de falta de legitimación. Considera que no hay elemento alguno que se oponga a la tramitación y concesión por separado de la licencia de obra y la de actividad, siendo posibilidad aceptada por la jurisprudencia y la propia práctica administrativa.

En relación con los usos señala que el uso comercial es un uso compatible con los usos generales y globales que puede darse conjuntamente con los otros, aunque no necesariamente de manera simultánea.

Considera que el uso del dominio público local para el acceso no es incompatible con su propia finalidad y que por ello ninguna trascendencia tiene tal actuación.

El fundamento de derecho SEGUNDO se ocupa de la " legitimación del recurrente ", razonamiento que no ha sido cuestionado y que no resulta necesario reproducir a efectos de la adecuada comprensión del alcance de la problemática que se nos traslada en apelación.

Si consideramos útil reproducir el fundamento de derecho TERCERO, que se ocupa del " expediente administrativo y la prueba practicada en el proceso judicial.

" Se impone, dada la complejidad de la materia y de las alegaciones un estudio del expediente administrativo como base de la decisión.

3.1º.- Comienza el expediente con la solicitud para la licencia de obras (ff. 1 a 5) presentada por la mercantil EURO ACTIVE PROMOCIONES DE PROYECTOS INTEGRALES (en adelante, EA). Así la solicitud es para construcción de una edificación de planta nueva. No se marca nada en relación a actividades en relación a ninguna de las posibilidades que en la misma se contemplan. Sólo constan como datos específicos la superficie de la construcción de nueva planta (11.597,68 metros cuadrados) y que generará escombros. No requeriría la instalación de grúas ni la ocupación del dominio público (se entiende que es a efectos de las posibles tasas al efecto conforme al art. 20 TRLH). En el marco de actividades, punto 4 de la solicitud al folio 4 se puede ver marcado que se trata de una implantación. La solicitud tiene fecha de 10 de Junio de 2015.

Al folio 6 y 7 consta que la construcción, desde un principio, se va a destinar a la tienda AKI, tal y como consta en la certificación del Colegio de Arquitectos en la que identifica al arquitecto responsable de las obras. Resulta complejo apreciar cualquier ánimo de ocultación desde este mismo momento en que se declara expresa y claramente el destino y forma de la construcción.

3.2º.- En el folio 9 consta informe técnico sobre la viabilidad de los accesos, a efectos de movilidad de tráfico propuestos para la parcela indicada en el plano, que se trata de la (6-5-M-5S-ACALZ). Del mismo se colige que los accesos de la mencionada parcela a la avenida Calvo Sotelo figuraban como de entrada y salida, por lo que se sugiere un acceso alternativo directo a la rotonda por considerar que la entrada al recinto podría originar problemas de movilidad y modificando la misma para que la entrada sea directamente por la rotonda y que la mencionada avenida sirviera sólo de salida, lo que se acepta desde el punto de vista de la movilidad en la forma descrita en el plan 01A.

3.3º.- En el folio 11 y 12 del expediente administrativo consta informe de la Dirección General de Planificación del Ayuntamiento de Ciudad Real en el que se manifiesta que sólo se contesta al requerimiento de la Dirección de Urbanismo y sin entrar en cuestiones como la afectación del número de plazas de aparcamiento y por otra parte la

afectación o alteración de la superficies de zonas verdes, señalando que deberá dar respuesta y ampliar la documentación aportada junto con su solicitud.

3.4º.- En el folio 15 a 19, siguiendo la documentación requerida, consta la solicitud de licencia de actividad de la mencionada nave, de fecha de 15 de Septiembre de 2015. La mencionada actividad requerirá (f. 16) implantación o definición de condiciones de prevención de incidencias respecto del art. 47 de las Ordenanza Municipal de Licencia. Junto con esta solicitud se acompaña la documentación que requería al folio 12 la Dirección General de Planificación respecto de la otra obra. Acompaña documentación relevante de aptitud del técnico en cuestión para la realización de las obras, las cartas de pago y justificante de abonos de tributos, aportando presupuesto de construcción subsanado ante errores aritméticos del original.

3.5º.- En el folio 35 se refiere otro informe sobre las barbacanas y vados de urbanización, señalando que deben de dar cumplimiento a las directrices de la Orden VIV/561/2010 de 1 de Febrero, constando igualmente informes del servicio de parques y jardines sobre actuaciones respecto de un fresno existente en la parcela en cuestión y que habría de ser cortado.

3.6º.- En el folio 56 se puede ver que habría de tener unos accesos provisionales dado el estado del firme de la calle Membrilla en tanto que se da solución a los problemas de compactación y hundimiento que tiene la misma (y que han motivado otro procedimiento judicial en este juzgado).

3.7º.- Los restantes folios muestran el informe favorable del técnico de urbanismo de Ciudad Real con las precisiones y obligaciones en la ejecución de la obra, siendo que la resolución finalmente y en base a dicho informe concede la licencia.

3.8º.- En la carpeta referente a las informaciones dadas a la demandante por el ayuntamiento en relación al proyecto urbanístico consta también las solicitudes, así como la subsanación previo requerimiento del ayuntamiento. Consta la respuesta al folio 17 de dicha pieza del expediente en el que se informa de la parcela antes mencionada, así como que el uso global de la parcela es residencial y que, entre otros, son compatibles el comercial, oficinas o recreativo. Ofrece también los datos sobre la edificabilidad de la parcela, la parcela mínima, ocupación, la altura máxima y las plantas, informando en igual forma de la tramitación de la licencia de obras para la construcción del edificio comercial.

En respuesta manifiesta que la información es incompleta pues solicita que se le informe el número de expediente en el que se tramita la licencia de obras, la licencia de actividad y la solicitud de personarse en los mencionados expedientes.

3.9º.- En el acto de vista del procedimiento judicial declaró David (testigo perito). En el mismo declaró que se comenzó tramitando obra y actividad de forma conjunta. Fue aki quien solicitó la separación para agilizar la misma y con ello poder iniciar las obras al estar hechos los informes de la licencia de obra. Siendo así que se conceden una y otra. No hay inconvenientes para la tramitación separada. Las normas de Ciudad Real especifican las licencias que hay y va explicando cuáles son y en qué se basan. Son cosas distintas y responden a objetivos distintos. Es muy frecuente que se acumulen varias, pero ello es a solicitud del que tramita. No hay obligación y es más bien al revés. Muchas veces lo solicitan y la agilidad del proceso suele ser mayor si se tramitan por separado. Se alargaría a los informes del ingeniero para la actividad estando ya realizados para las obras. Lo normal y lo legal es tramitarlo por separado.

Hay un suelo global residencia y permiten como uso compatible aquellos que se pueden dar junto con el residencial. Las mismas contemplan como uso comercial uno de los usos complementarios, siendo que lo asigna a la manzana ésta. El uso comercial para centros comerciales se enmarca en la manzana 5 y da condiciones de uso y a continuación dice que todos los demás usos deberán encuadrarse en bajos de vivienda, siendo que los otros no tienen que encuadrarse en el mismo. La manzana es uso residencial y como uso compatible que lo admite en esa manzana. El redactor del plan parcial dio pie a ese uso comercial.

El demandante informa sobre la obra en calidad de arquitecto y el ingeniero de caminos habla en general sobre las condiciones que deben reunir los accesos y por eso se le requiere. El servicio de movilidad establece que si se considera necesario se incorporará estudios sobre movilidad y tráfico. Hay uno favorable de 23/4/2015. Se hace un estudio estimado de tráfico y ese es el estudio para descongestionar el tráfico. Hay más informes del ingeniero junto con él en el que le comenta que se encuentra en la calle membrilla y había sido consciente que la calle se encuentra en mal estado. Afirma que la situación de aquella calle (que es la sujeta a procedimiento). Se señala que debe accederse por otro lado atendiendo al estado de la misma. Para que pueda considerarse solar debe haber parcela con tráfico. No pueden arriesgarse a quedar sin acceso a la parcela cuando haya que reparar la calle. Combinado todo ello es por lo que se hace así.

El uso comercial es compatible con el general residencial. No es obligatorio que deba ser simultáneo. El uso compatible puede llegar a sustituir. Puede darse uno u otro.

Los documentos 1 y 2 no sabe si forman parte o no porque el expediente es muy voluminoso. Se presenta documentación y se le requirió varias veces. Se referenció que era para una tienda AKI. En el encabezamiento se trata de una nave sin uso y la licencia se concede para una nave de esa forma. Primero se inicia una licencia de actividad y por eso viene de esa forma. Al separarlo se solicita la licencia de obra para nave sin uso. El uso será cuando se tramite la licencia de actividad y se permita la actividad. Como obra no tiene uso. La nave se modificara para el código técnico para las condiciones de vivienda y residencia y se cumpliera podrá tener el mismo. El proyecto no serviría para un uso residencial.

Los planos tienen la zona. Está destinada a uso residencia libre. Es un sistema general de zonas verdes y precios libres (10.5.1). En el sistema general es una zona verde de protección de viario. Tiene su frente y acceso por la vía 7. No está previsto ningún trayecto por las zonas verdes. Es la segunda versión que se envió al servicio de movilidad. Hay una parte que comunica aki con la carretera de calatrava. Se efectúa sobre el suelo del espacio en relación de la DA 1ª y de la LOTAU. Estaba mal la otra vía. La LOTAU les obliga a estudiar la movilidad y el tráfico. Debe haber una vía abierta, pavimentada y en adecuadas condiciones. También está el informe de movilidad sobre el tráfico que permite la LOTAU. Sólo está hecha para acceder a esa parcela. La alineación viene definida sobre el proyecto de urbanización. El proyecto de urbanización es un uso residencial.. Cuando el redactor está redactando ello es cuando entra en juego. No es necesario modificar nada para facilitar ese acceso. Hay un montón de casos. El acceso de la calle Membrilla es insuficiente y deben descongestionar el tráfico. Lo permite la LOTAU. Se abre cuando se tramita la licencia de actividad. A esa nave sin uso se le tramita para una actividad. Cuando se sabe la actividad que ya se sabía. Se comenzó tramitando de forma conjunta. En la calle Membrilla había problemas y también la congestión de tráfico. Es concurrente ambas circunstancias en la calle membrillas. No tiene sentido cambiar todo porque está muy próximo a la rotonda y no era razonable porque se interfería el tráfico. No se podría hacer lo que comenta porque tendrían el mismo problema pero agravado. El POM establece la extinción y en el art. 4.2.19 para la concesión de la licencia se exigen una serie de requisitos. Necesita la licencia de actividad cuando hay una actividad. Cuando se construye el edificio no se sabe qué va a ser el establecimiento. Él conocía pero se debía abstraerse porque se segregó y así debe ser."

SEGUNDO.

Centrándonos y a en los razonamientos de la sentencia que han sido cuestionados a través del recurso de apelación, El fundamento de derecho CUARTO de la sentencia apelada se ocupa de "la tramitación separada y el pretendido fraude de ley", y razona lo siguiente:

" Sostiene el demandante que debe considerarse nula la tramitación separada de la licencia para la construcción y la licencia de actividad, siendo igualmente que califica el supuesto de fraude de ley porque, a su entender, el

conocimiento de la finalidad de la obra determinaría que se tramitara a sabiendas con carencia de uso para evitar controles y trámites.

De la prueba, alegaciones y la documentación que se ha analizado se pueden extraer una serie de conclusiones de hecho y de derecho sobre el particular en la manera que sigue:

4.1º.- En el ayuntamiento de Ciudad Real se han tramitado de manera separada pero prácticamente simultánea dos expedientes urbanísticos. Uno relacionado con la autorización de las obras de la nave que hoy nos ocupa y otro para autorizar la actividad de centro comercial que se iba a desarrollar en la misma.

4.2º.- No consta claramente si se solicitó de manera conjunta la licencia de actividad y la de obras en un principio. Lo que sí queda constancia claramente es que se declaró sin ningún tipo de ocultación que la construcción sería para una tienda AKI, de actividad como centro comercial.

4.3º.- Igualmente consta de manera indubitada que con posterioridad, y de manera separada, hay una petición de licencia de actividad para dicha nave que se tramita en expediente separado.

4.4º.- El artículo 163 TRLOTAU señala que 1. La licencia urbanística llevará implícita la concesión de las restantes licencias o autorizaciones municipales, integrándose el procedimiento previsto para éstas en el procedimiento de otorgamiento de licencia urbanística. 2. En el supuesto de que los actos o actividades sujetas a licencia municipal requieran la previa tramitación de expediente de evaluación de impacto ambiental o, en su caso, de autorización ambiental integrada, o cualquier otro tipo de autorización ambiental por ser susceptibles de originar daños al medio ambiente y causar molestias o producir riesgos a las personas y bienes quedará en suspenso la tramitación del procedimiento de concesión de licencia, así como el cómputo del plazo para resolver, hasta tanto se acredite por el solicitante el carácter favorable de la correspondiente declaración o la obtención de la autorización, y la inclusión, en su caso, en el proyecto de las medidas correctoras resultantes de una u otra. No se podrá otorgar la licencia cuando la declaración de impacto hubiera sido negativa, no se obtenga la autorización ambiental integrada o de la autorización ambiental correspondiente o se incumplieran las medidas de corrección determinadas en las declaraciones y autorizaciones señaladas. 3. Las licencias urbanísticas podrán denegarse por los motivos previstos en la legislación específica que regule las autorizaciones o licencias municipales a que se refiere el número 1 y quedarán sujetas al régimen de verificación, inspección y, en su caso, sanción previsto en dicha legislación.

4.5º.- Atendiendo a todo lo anterior, y con pleno respeto a la interpretación y alegaciones del demandante, se considera que el art. 163 TRLOTAU no afecta a la tramitación de las licencias, sino que el mismo determina los efectos de la concesión de las mismas, cumpliendo además la previsión sectorial y autonómica de un criterio general en relación a las licencias y que se puede identificar en la reducción de trámites y agilización administrativa para eliminar duplicidades (art. 17 L. 17/2009). No implica por tanto una regla procedimental, sino la extensión de efectos de una licencia a otro. Se refiere a la resolución y sus efectos y no al procedimiento.

4.6º.- En materia de licencias el criterio general en Castilla La Mancha es, según el art. 161.1 TRLOTAU, que el procedimiento lo fijen las Ordenanzas de cada uno de los municipios y sólo en defecto del procedimiento especial se acudirá de manera supletoria al procedimiento que fije la Junta de Comunidades.

En concreto el mismo estaría regulado por la Ordenanza Municipal de Licencias Urbanísticas (en lo que al procedimiento se refiere y sin perjuicio de su integración con las previsiones del POM que se refieren al derecho sustantivo en cuanto a conceptos y requisitos y no procedimental), en adelante OLU, publicado en el BOP de Ciudad Real de 2 de Septiembre de 2005. El mismo recoge como acto sujeto a licencia la construcción (art. 3.1.a de la OLU) y por otro lado la licencia de actividad o uso, considerándose, no obstante, como un único acto o licencia el conjunto de actos de construcción y uso del suelo, vuelo y subsuelo (art. 3.4 OLU) que se hayan de realizar simultáneamente.

4.7º.- El régimen concreto de los procedimientos a tramitar en esta materia se contiene en los arts. 22 y ss de la OLU, que remite a las normas generales de la LRJ- PAC (hoy L. 39/2015).

En lo que ahora interesa se recoge el principio de celeridad que señala (art. 23 OLU) en igual sentido que los arts. 72 L. 39/2015 y art. 75 LRJ- PAC y que viene a señalar que Se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.

En relación con la cuestión de este fundamento se dice en el art. 28 de la OLU que el criterio general es la tramitación conjunta de usos del suelo, construcción y edificación para la implantación de actividades que recaigan sobre la misma parcela, solar, inmueble o local. Ello no obstante, en su apartado 2 dice que No obstante y con la finalidad de que se pueda finalizar o continuar, al menos en parte, con la actuación pretendida, el solicitante podrá solicitar al menos la concesión de la licencia para aquellas actuaciones que sean autorizables y no comprometan la decisión sobre el resto, siempre que quede asegurada la viabilidad urbanística básica de la actuación principal. El art. 29 permite el régimen de solicitudes parciales cumpliendo los diferentes trámites que en la misma constan.

En cuanto a la solicitud el art. 31 reproduce el régimen general de la LRJ- PAC, hoy L. 39/2015 sin añadir más requisitos que la documentación referente al proyecto. Por su parte el art. 4.2.19 de las Normas urbanísticas que alega el demandante exige como requisito para la licencia de obra la licencia de actividad. Esta norma es de fondo y por tanto sería un requisito sustantivo y no procedimental, pues tanto daría que se hiciera simultáneamente como previamente (la de actividad sobre la obra) y aparece contrario además ese artículo (reglamentario) al art. 169.2.a TRLOTAU, lo que implica además que esta norma, posterior y superior en rango deba considerarse como derogatoria tácita de aquella.

4.8º.- En relación al impacto ambiental que dice el demandante que se ha eludido o se ha pretendido eludir cabe señalar que la actividad de centro comercial no es una actividad sujeta ni a informe ni a evaluación de impacto ambiental conforme a los anexos de la Ley 21/2013 de 9 de Diciembre, o al menos no se acredita que así sea, siendo que un centro comercial dentro de un área urbanizable no parece que sea una actividad que tenga o pueda tener un efecto significativo en el medio ambiente, con lo cual por un lado no hay ocultación y por otro tampoco se llega a conocer cuál es la norma desplazada de aplicación para poder apreciar el pretendido fraude de ley.

En Castilla La Mancha se promulgó la Ley 2/2010 del Comercio en Castilla La Mancha, que define esta actividad como gran superficie (art. 11), sin que tal actividad aparezca en los anexos de dicha ley (la 21/2013) como de necesario control medioambiental en lo que a su impacto se refiere.

4.9º.- Pues bien atendiendo a que son licencias separadas, a que existe la posibilidad expresamente prevista de tramitación separada de ambas licencias, a que igualmente no se aprecia tampoco que se haya provocado ningún tipo de fraude de ley porque no consta eludido trámite alguno no se comparte que exista por este motivo tacha de nulidad de tipo alguno porque si bien es verdad que se exige con carácter previo la licencia de actividad en el presente caso no es que la misma no exista (lo que llevaría a la anulación por falta de los requisitos), sino que se ha tramitado la licencia de obras con carácter previo. Es un defecto de forma, no de fondo, pues se repite la licencia existe y ello es indiscutible.

Así lo más que se hubiera infringido sería la tramitación conjunta, que no es así porque el art. 28.2 OLU permite la tramitación separada, la reacción no es la nulidad de la resolución. Primero porque no se ha omitido ningún trámite y menos aún un trámite esencial que determinaría la nulidad (art. 62.1.e LRJ- PAC o art. 47.1.e L. 39/2015). Segundo porque hay una solicitud separada y por tanto la omisión no sería tanto la falta de tramitación conjunta como la falta de acumulación (art. 73 LRJ- PAC; art. 57 L. 39/2015) de ambos procedimientos. Tercero porque la licencia existe.

En este caso como se ve la sanción de nulidad aparece desproporcionada en la medida en la cual el único efecto es el incumplimiento de la concentración de trámites, y siendo además que se puede tramitar de manera separada ambos procedimientos. Como vicio de forma que sería esa tramitación separada (o posterior de la licencia de actividad) exigiría que se le impidiera al procedimiento alcanzar sus fines o cause indefensión (art 63.2 LRJ- PAC;

art 48.2 L. 39/2015), lo que ni se alega ni se produce, siendo que no es norma esencial que deje o prive de un elemento sine que non para poder hablar de nulidad de pleno derecho conforme al art. 62 LRj- PAC o 47 L. 39/2015.

Se recuerda que en el ámbito del derecho urbanístico cabe tanto la subsanación como la legalización de las actuaciones mediante el cumplimiento de aquellos requisitos que estaban omitidos, lo que en este caso se produciría con la obtención posterior de esa licencia que en un principio e indebidamente no se tenía.

Cabe citar la STSJ de Galicia, secc. 2ª, de 5 de Febrero de 2009 que señala que

"...la St. del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2002 (Ref. el derecho 2002/87153) (dice) que "...la tramitación conjunta de la licencia de obras y la de actividad tiene un carácter instrumental, para favorecer al solicitante de la licencia, puesto que su tramitación separada podría dar lugar a la concesión de una licencia de obras, sin finalidad alguna si posteriormente se deniega la licencia de actividad, con el quebranto económico que ello pudiera producir. Ahora bien la omisión de dicho requisito no puede provocar la nulidad radical del acto de concesión de la licencia. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sanciona con la Nulidad de pleno derecho a aquellos actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En el caso presente no puede sostenerse que se haya dictado la resolución sin procedimiento, pues este se ha respetado en lo referente a la licencia de obras..."

La mencionada STSJ de Madrid, secc. 2ª, de 25 de Octubre de 2002 señala en relación a esta cuestión de la prelación temporal de licencias de actividad sobre la de obras que "...La primera cuestión a determinar como ya hemos adelantado hace referencia a la relación entre licencia de instalación y licencia de obras. Este Tribunal ha tratado este problema en Sentencia de 21 de octubre del año 2000 (recurso 1764/1995) al estudiar el artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 que establece que cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuere procedente. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1.983 la interpretación del artículo 22.3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales una constante jurisprudencia de la que se hace eco la Sentencia de del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1980, ha declarado, que el condicionamiento de la licencia de obras, por la previa apertura, solamente es exigible cuando se trata de construcciones específicamente destinadas a una actividad tan singular que la previa autorización de apertura resulte notoriamente necesaria, para evitar los graves perjuicios que se ocasionarían al interesado con la concesión anticipada de una licencia para realizar unas obras que por sus especiales características resultarían inútiles caso de denegarse autorización para ejercitar la actividad en función de la cual fueron proyectadas y ejecutadas, y en razón a ello, que dicho precepto excepcional contempla una estrecha interdependencia entre la construcción y el muy específico uso al que se destina. Por lo tanto como establece la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1.995, la finalidad de ambas licencias, la de obras y la de instalación o apertura, es diferente aunque convergente en aras de alcanzar la más amplia garantía en el logro de la seguridad y salubridad necesarias para la seguridad pública, la paz social y el adecuado sosiego en las incidencias habituales de la vida familiar e individual. La licencia de obras, desde la estricta perspectiva urbanística, ha de otorgarse si la obra o edificación proyectada está de acuerdo con las previsiones de Ley del Suelo y de los Planes de Urbanismo en general tal como especificaba artículo 178.2 Ley del Suelo de 9 abril 1976. La licencia de apertura para el funcionamiento de una determinada actividad clasificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa tiene por objeto el evitar que cualquiera de esas actividades clasificadas, a realizar en un determinado edificio o conjunto de ellos, produzca incomodidades o altere las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente u ocasionen daños o impliquen riesgos graves para las personas y los bienes. Naturalmente, el precepto del artículo

22. 3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales determina la precedencia temporal de la licencia de apertura respecto de la de obras, fundamentalmente para la más adecuada protección de los intereses privados de los titulares de las licencias porque es claro que otorgada la licencia de obras y realizada la edificación consiguiente, con los grandes costos económicos que ello suele implicar, todo ello quedaría sin el aprovechamiento perseguido si no se autorizara la actividad pretendida, con los perjuicios que ello implica para su titular. Pero ello no implica que la licencia de obras para una determinada actividad, concedida con anterioridad a la licencia de apertura correspondiente, no pueda ser legalizada o convalidada cuando la meritada licencia de apertura es autorizada después, porque tal como ya tiene establecido esta Sala en Sentencias de 3 de abril de 1990 y 18 de junio de 1990 la interdependencia y orden de prelación de ambas licencias, están proyectadas sobre el principio de una hipotética responsabilidad patrimonial, por el posible funcionamiento anormal de la administración en la inobservancia de la precedencia temporal señalada en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, al estar establecida tal procedencia, como hemos dicho, primariamente en intereses del particular afectado. En todo caso el artículo 22.3 del reglamento de Servicios no supedita la licencia de obras a la de actividad en términos absolutos, el condicionamiento lo realiza en términos más relativos, lo hace fundamentalmente en defensa de los intereses del peticionario de la licencia, para evitarlo el costeamiento de una construcción, que luego no pueda utilizar, dado el fin perseguido con ella así lo señala la Sentencia de la sala Tercera de) Tribunal Supremo de 3 de Abril de 1.990 si bien como declara la Sentencia de 28 de Octubre de 1.989 dicha norma no es una norma de Derecho dispositivo: su finalidad se extiende no sólo a la protección del solicitante frente a un gasto que puede resultar frustrado en definitiva, sino también a la del interés general, contrario a la inútil consunción de riqueza -construir para luego demoler o adaptar-, y de los vecinos de la zona. En todo caso se supedita la obtención de la licencia de apertura o actividad a la de obras sin que la concesión de esta implique la obligación del Ayuntamiento de otorgar aquella. Así lo señala la jurisprudencia en sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1.996, cuando declara que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales no puede interpretarse en el sentido inverso de que, concedida la licencia de obras, necesariamente ha de ser otorgada después la licencia de apertura, ya que el incumplimiento de dicho precepto no puede llevar a autorizar un uso ilegal, cualesquiera que puedan ser en otro orden de cosas las consecuencias de la actuación administrativa (la cual, en todo caso, ha sido provocada por el particular que solicitó la licencia de obras). Idea esta reiterada en la Sentencia de 7 de junio de 1.984 cuando manifiesta que no obstante la interdependencia entre ambas licencias prevista en el artículo 22.3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, el otorgamiento anticipado de la licencia de obras para un edificio que, con arreglo al proyecto presentado va a ser destinado específicamente a establecimientos de características determinadas, no conlleva el necesario otorgamiento de la licencia de apertura, siendo posible negar ésta una vez levantado el edificio, toda vez que la licencia de apertura es la que vincula la licencia de obras, y no viceversa- Sentencias de 15 de diciembre de 1966, 16 de noviembre de 1971, 14 de febrero de 1978 y 17 de junio de 1981. En conclusión no obstante la indiscutible interdependencia de las licencias de obra y de actividades, con lo dispuesto en el artículo 22,3 del Reglamento de Servicios de las corporaciones Locales de 17 junio 1955 lo único que se trata de evitar, en cuanto concebido en beneficio del Administrado, es la producción de autorizaciones que resultasen estériles y la realización de las obras correlativamente inútiles con el consiguiente perjuicio que para el particular deriva de ello, si no llega a conseguirse la licencia de apertura, por lo fue la inobservancia de dicha norma en cuanto al orden temporal de ambas licencias, no genera la nulidad de lo actuado porque el citado precepto no significa que no se pueda otorgar la licencia de obras sin el previo otorgamiento de la de actividad, sino que la perseguida finalidad del mismo radica en tratar de evitar al administrado el perjuicio que puede suponerle la realización de una obra, con los graves costos que ello comporta usualmente sin estar en previa posesión del permiso de actividad, sin el cual resultaría vana la construcción del edificio apto para tal actividad. Así lo señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1980, 28 de junio de 1982, 21 de febrero de 1989, 3 y 17 abril de 1990 y 28 de Octubre de 1.996, y las mas recientes de 26 de junio de 1.998 y 17 de Mayo de 1.999. El artículo. 22.3 del Reglamento de Servicios de las

Corporaciones locales sobre el principio de hipotética responsabilidad patrimonial, por el posible funcionamiento anormal de la Administración municipal, si permitiese la ejecución de unas obras destinadas a una actividad para la que no pudiera concederse licencia de apertura y por tanto no puede ser esgrimido como causa de nulidad en relación con la licencia de obras, aun cuando no se haya concedido la licencia de actividad. Por otra parte este Tribunal tiene declarado en sentencia de 14 de Diciembre de 1.999, en el recurso nº 2.553/94 ha señalado que la tramitación conjunta de la licencia de obras y la de actividad tiene un carácter instrumental, para favorecer al solicitante de la licencia, puesto que su tramitación separada podría dar lugar a la concesión de una licencia de obras, sin finalidad alguna si posteriormente se deniega la licencia de actividad, con el quebranto económico que ello pudiera producir. Ahora bien la omisión de dicho requisito no puede provocar la nulidad radical del acto de concesión de la licencia. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 62 de la Ley 30/1.992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de) Procedimiento Administrativo Común, sanciona con la Nulidad de pleno derecho a aquellos actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En el caso presente no puede sostenerse que se haya dictado la resolución sin procedimiento, pues este se ha respetado en lo referente a la licencia de obras. Por lo tanto en todo caso si dicho defecto formal no puede recogerse en ninguno de los motivos recogidos por el artículo 62 de la Ley 30/1.992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como causa de nulidad de pleno derecho, sería de aplicación el artículo 63 que establece que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, mas a continuación dicho precepto añade que no obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados, estableciendo el artículo 66, el principio de conservación de los actos pues señala que el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Debe además señalarse que dado el carácter instrumental de la norma alegada, resulta en extremo dudoso que el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo, permita anular una licencia por razones procedimentales, dado que la finalidad de dicha acción pública es la preservación del ordenamiento urbanístico y no el procedimental, mas aún cuando como hemos dicho la finalidad de la norma alegada es proteger al solicitante y en este sentido ha de ser interpretada. De ello deducimos que dada la naturaleza de la norma, el artículo 22,3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, no puede ser alegado por un tercero pues su finalidad es la de proteger los intereses del peticionario de la licencia y su incumplimiento no acarrea otra consecuencia distinta a la posible responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, sin que sea motivo de nulidad tanto de la licencia de obras como de la apertura obtenida en un expediente administrativo independiente.”

4.10.- Conclusión de todo lo anterior es que no hay motivo para la nulidad de las licencias por la tramitación separada de ambas.”

El escrito de apelación comienza exponiendo lo que la parte apelante considera “hechos reconocidos y probados”, pero después al referirse a la sentencia impugnada, centra su argumento impugnatorio en que la licencia concedida sería nula por infracción de ordenación de las zonas verdes y es pacios libres de dominio público. No obstante, acto seguido, se refiere de forma separada a los distintos motivos de impugnación que expuso en la demanda, tratando de desvirtuar lo razonado en la sentencia de primera instancia.

Como hemos adelantado se refiere, en primer lugar, a lo razonado en el fundamento de derecho CUARTO de la sentencia, manteniendo que el acto recurrido incurre en fraude de ley y que “las normas

cuya ilusión se pretende son los artículos 161.1 , y 163.2 LOTAU, artículo 22.2 RDU de la LOTAU y el artículo.2.19.4 de las normas urbanísticas municipales aportadas como anexo I de nuestro escrito de conclusiones), que exigen un procedimiento único integrado, y, en todo caso, que la licencia de actividad sea previa a la licencia de obras. No habiéndose cumplido este requisito, la licencia deviene nula por infracción de las normas indicadas". Cuestiona, act o se guido, dos afirmaciones de la sentencia apelada y destaca que no tiene en cuenta que en la fecha en la que se concedió la licencia urbanística no se había concedido la licencia de actividad.

Basta la lectura comprensiva del fundamento de derecho CUARTO de la sentencia para concluir que esas afirmaciones y argumentos que expone el recurso de apelación no desvirtúan los precisos y completos razonamientos de la sentencia apelada. La parte apelante hace una lectura interesada y parcial de esos razonamientos y trata de cuestionar frases aisladas de los mismos pero no llega ni siquiera a cuestionar el principal fundamento que se explicita en ese fundamento de derecho cuarto para rechazar ese concreto motivo de impugnación que se expuso en la demanda.

Se rechaza la nulidad pretendida a través de una exposición que se inicia con la normativa que regula el trámite a seguir, en especial el artículo 161.1 TRLOTAU que se remite a las Ordenanzas Municipales, aludiendo a la interpretación que del mismo ha hecho este TSJ y a la específica regulación que incorpora la Ordenanza Municipal de Licencias Urbanísticas publicada en el BOP de 2 de septiembre de 2005. Se destaca, de manera especial, lo previsto en el artículo 28.2 de la citada Ordenanza que admite la posibilidad de no aplicar la regla general de la tramitación conjunta que prevé el apartado primero. Se sigue razonando después que aunque se aceptara – se dice que no es así por lo previamente expuesto- que se ha infringido la regla de tramitación conjunta, la consecuencia no sería la nulidad pues no concurre ninguno de los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la ley 30/92 aplicable. Ni el supuesto previsto en la letra e) ni ningún otro y por ello no concurre esa nulidad. Sigue explicando que tampoco puede hablarse de anulabilidad del artículo 63 pues no se ha impedido que el procedimiento alcance sus fines ni se ha causado indefensión.

Reiteramos que en el recurso de apelación ni siquiera llega a cuestionarse ese razonamiento principal basado en que no se trataría de un supuesto de nulidad, ni tampoco se indica o concreta el supuesto del artículo 62.1 de la ley 30/92 en el que tendría encaje esa pretendida vulneración del artículo 163 del TRLOTAU. Tampoco se explica que, aunque se asumiera que se trata de un supuesto de anulabilidad, se hubiera producido indefensión o se haya impedido que el procedimiento alcance sus fines. La sentencia razona, entre otras cuestiones, que no consta eludido ningún trámite y que esa falta de tramitación conjunta no es sino un defecto de forma.

Insistimos en que no desvirtuar ese razonamiento de terminaría necesariamente el rechazo a la impugnación que se articula frente a la sentencia de primera instancia pero, adicionalmente, tampoco compartimos el resto de críticas que se hacen en relación con afirmaciones, datos y razonamientos aislados que se exponen en el recurso de apelación.

Se dice que no es cierto que no haya existido ocultación porque en el momento posterior a la solicitud inicial se pidió licencia de actividad para nave sin uso. Siendo ello correcto, no implica ocultación pues desde el primer momento se indicó el destino de la nave y tal destino no ha sido después alterado, manteniéndose el proyecto inicialmente presentado del que resulta que no podía tener la edificación un uso residencial que entiende la parte que es el que exige la normativa urbanística, al menos en lo que no sean los bajos del edificio. Ninguna duda se ha suscitado sobre que el inicial uso y destino de la edificación es el que se ha mantenido y utilizado como uso previsto para la misma efectos de obtener después la licencia de actividad.

Se alega también que el artículo 163 del TRLOTAU tiene indudable carácter procedimental, y se basa para ello en lo previsto en el apartado segundo dicho precepto. El razonamiento de la sentencia no se refería ese apartado segundo sino al primero y de hecho esa previsión del apartado segundo no deja de ser una regla especial, en cuanto a su rigor y grado de exigencia, respecto a lo previsto en el apartado primero. Olvida la parte apelante que no cuestiona ni intenta desvirtuar lo que razona la sentencia apelada respecto a que esa concreta actividad o uso a la que va destinada la nave no está sujeta a informe o evaluación de impacto ambiental (fundamento de derecho 4.8), por lo que no resultaría aplicable ese apartado segundo.

Finalmente se destaca en este primer apartado del recurso de apelación, que la sentencia de primera instancia no tiene en cuenta que el tiempo de otorgar la licencia de obras no se había obtenido la licencia de actividad y que, por ello, no existía licencia de actividad alguna. Tampoco esta afirmación es correcta. La sentencia sí tiene en cuenta ese dato y de hecho ningún sentido tendrían sus razonamientos si esa circunstancia no ocurriera. Es la parte apelante la que ni siquiera intenta desvirtuar los razonados en la sentencia cuando expone que *“ Se recuerda que en el ámbito del derecho urbanístico cabe tanto la subsanación como la legalización de las actuaciones mediante el cumplimiento de aquellos requisitos que estaban omitidos, lo que en este caso se produciría con la obtención posterior de esa licencia que en un principio e indebidamente no se tenía”*.

Tampoco cuestiona ni desvirtúa, en modo alguno, los razonamientos de las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que se reproducen en la sentencia apelada y en la que se destaca, en definitiva, y teniendo en cuenta la finalidad principal de la regulación de la exigencia general de tramitación conjunta de ambas licencias, que la omisión de ese requisito no se sanciona automáticamente con la nulidad de pleno derecho ahora pretendida, ni tampoco con la anulabilidad si no hay indefensión ni se ha impedido que el procedimiento alcance su fin. Sólo podemos reiterar que la sentencia del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2002 que se reproduce, interpretando lo previsto en el artículo 22.3 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, destaca que, en estos casos de posterior obtención de la licencia de actividad, resulta aplicable el artículo 66 de la Ley 30/92, que establece el principio de conservación de los actos administrativos. Igualmente destaca que no concurre motivo de nulidad pues se ha respetado y seguido el procedimiento establecido para la obtención de la licencia de obras, calificando de defecto formal dicho otorgamiento sin haber obtenido previamente la licencia de apertura o actividad, después concedida.

TERCERO.

Cuestiona acto seguido el recurso de apelación razonado en el fundamento de derecho QUINTO de la sentencia que, con carácter previo al análisis de los argumentos expuestos en apelación, reproducimos, adelantando que incorpora una motivación precisa y correcta para rechazar el motivo de impugnación planteado en la demanda :

QUINTO.- Sobre la nulidad pretendida por el régimen de usos de la parcela afectada por la obra objeto de la licencia impugnada.

Reclama que el uso es residencial y que no es compatible el uso de la nave con los usos asignados por la planificación a la mencionada parcela.

Así la cuestión es si el uso comercial que la parcela 6-5-M-5S-ACALZ tiene recogido como compatible respecto del uso global residencial puede o no producirse de manera no sincrónica en relación con aquel.

Sobre este particular se ha de concluir y valorar lo siguiente:

5.1º.- Las partes parecen conformes en que el uso global, y además mayoritario, es el residencial respecto de ese sector y que, además el uso comercial es complementario conjuntamente con éste.

5.2º.- La cuestión es si por tanto se puede autorizar una nave que se destinará a uso comercial sin que se pueda dar un uso residencial a la misma.

5.3º.- La interpretación que hace el demandante limita el uso comercial a los usos del comercio minorista, pues considera en sus fundamentos de derecho que sólo se podría otorgar la licencia para los pequeños establecimientos, defendiendo en mayor o menor medida una idea similar a pequeños locales en bajos de edificios destinados primordialmente a vivienda. El ayuntamiento y la mercantil defienden que el uso comercial permite la instalación de un centro comercial como el que se ha instalado en la manzana en cuestión sin perjuicio de que el uso del sector sea global y mayoritariamente destinado a residencia.

Ya se adelanta que difícilmente puede asumirse la interpretación que hace el demandante cuando expresamente (anexo III del escrito de conclusiones de BRICORAMA) se permite el uso comercial de centros comerciales, centro comercial que no se define pero que se puede definir a través del art. 1.2 y 2 de la Ley 7/1996 del comercio minorista, y sin perjuicio del antes mencionado art. 11 L. 2/2010 de CLM.

5.4º.- En definitiva la cuestión es si ese uso complementario debe darse conjunta y simultáneamente en la parcela sobre la que recae es suficiente que se den tales características en el sector en su conjunto más allá de cada una de las parcelas, manzanas o zonas en que el mismo se divida.

Así respecto del sector es obvio que debe referirse a un uso conjunto en el sentido de compatible y sincrónico (al mismo tiempo), pero en la manzana (subdivisión de éste) no necesariamente es así, pues el uso conjunto dentro del sector puede ser compartiendo los espacios y dividiendo los mismos siempre que respecto de las diferentes partes de ese sector no esté legalmente excluido.

Así cabe señalar que el informe del arquitecto municipal habla de los usos del sector A- CALZ. Por tanto se refiere a los usos globales del sector. En este sentido cabe recordar la STS de 22 de Marzo de 2013 que afirma que "...Ahora bien, cuando la legislación urbanística (autonómica) lleva a cabo un reparto de cometidos entre los distintos instrumentos de planeamiento como el que aparece descrito en el fundamento tercero de la sentencia de instancia, puede suceder, y en este caso sucede, que la asignación de un uso global en el Plan General no sea plenamente ilustrativa del destino que vaya a tener la parcela, pues, según explica la Sala de instancia, en la ordenación pormenorizada que aborde el Plan Especial tiene cabida la concreción de usos complementarios o asociados sin que ello suponga contravenir las determinaciones estructurantes del Plan General."

No es una cuestión controvertida la existencia de un uso comercial complementario dentro del sector A- CALZ. Ello explica que la parte demandante alega (a juicio del que suscribe y sin perjuicio de superior y mejor criterio) erróneamente refiriéndose a la parcela o manzana en cuestión. La compatibilidad debe producirse no respecto de cada uno de las partes del sector, sino en el conjunto del mismo, pues es al sector en su conjunto al que se refiere la determinación de los usos (y salvo las excepciones en que se prohíban o se zonifiquen de manera concreta los usos dentro del mismo), siendo que en concreto la parcela sobre la que se ubica la pretendida instalación tiene un uso comercial posible, pues así se informó y se ha declarado por parte del arquitecto municipal de manera expresa (habla de la manzana o parcela 5 del sector), al igual que consta en el anexo documental III que la parte demandante aporta junto con su escrito de conclusiones (literalmente dice que el uso comercial para centros comerciales, como el que aquí nos ocupa, sólo puede realizarse en la manzana 5). Por tanto tampoco se aprecia esta tacha de nulidad.

En el recurso de apelación, la inicial parte recurrente sigue insistiendo en los argumentos mantenidos en la demanda, que fueron razonada y correctamente rechazados a través del fundamento de derecho que hemos descrito. Reitero que las normas urbanísticas del Plan Parcial exigen, también para esa concreta parcela, uso residencial (considerado y calificado como global) y por ello sólo se permite el uso comercial como compatible y si se establece en edificios de viviendas en planta baja, semisótanos y sótanos "condiciones que no cumple, ni remotamente, el proyecto de obras autorizado". Previamente, en el apartado correspondiente a lo que considera "hechos reconocidos y probados", hace referencia a lo previsto en la memoria del Plan Parcial y a las normas urbanísticas de ese Plan Parcial, indicando que aportó copia de las mismas como anexo III al escrito de conclusiones. Afirma que "esta acreditado y reconocido que la edificación autorizada para el establecimiento comercial de AKI no es centro comercial, y que, aunque lo fuese, no se encuentra en un edificio de viviendas, ni se dispone conjuntamente con estas "proyecto técnico, declaración del arquitecto municipal, 11:37:40)."

Tal y como sucedía respecto fundamento de derecho anterior, tampoco en este caso la parte apelante desvirtúa los hechos considerados acreditados y los razonamientos de la sentencia de primera instancia. Partimos de que, desde luego, no está acreditado ni reconocido que la edificación que se autorizó no sea un centro comercial, y de hecho ni siquiera el recurso de apelación se esfuerza en cuestionar lo motivado al respecto en la sentencia apelada.

Precisado lo anterior, y también que la problemática debe resolverse teniendo en cuenta la normativa urbanística del Plan Parcial, tras el examen de la misma concluimos en iguales términos que lo hace la sentencia de primera instancia. Destacamos, como lo hace la sentencia apelada, que esa normativa de planeamiento lo que prevé es que exista un uso global y mayoritario residencial en el sector. Se explica que... "es al sector en su conjunto al que se refiere la determinación de los usos..." .No se está excluyendo otro uso como el comercial, no sólo por ser este, por su naturaleza, compatible con el residencial, sino también porque expresa e inequívocamente así se indica. (Y ello con notoria diferencia respecto a lo que sucede con otro uso, el industrial, que Memoria del Plan parcial reflejan como uso prohibido). Por tanto, conforme a ese planeamiento, el uso residencial, considerado como uso global junto al dotacional, no es exclusivo ni tampoco excluyente de otros usos compatibles.

Partiendo de lo anterior, el rechazo a que en esa concreta parcela se ubique una edificación destinada a un uso comercial, y dentro del mismo, la específica de centro comercial, debe necesariamente basarse bien en limitaciones generales, derivadas de esa atribución de uso residencial, global del sector, o bien en otras limitaciones específicas previstas en el propio planeamiento. Respecto a las primeras ni siquiera se ha planteado que el hecho de que esa concreta manzana -número 5- tenga ese uso comercial implique que se altera la finalidad esencial del planeamiento del sector para el que se prevé como uso global y mayoritario el uso residencial. Dicho de otro modo, ni siquiera se llega a afirmar que, teniendo esa manzana ese uso comercial, ello implique que, en general, y dentro del Sector, deje de ser global y mayoritario el uso residencial.

Rechazado lo anterior, hemos de partir de la propia norma urbanística del Plan Parcial del sector y examinar las limitaciones específicamente previstas en la misma para los usos compatibles. Tales limitaciones se reflejan en el artículo 1.6 de las normas urbanísticas y del mismo concluimos, como lo hacía la sentencia, que existe una específica prohibición de que el uso comercial para centros comerciales se establezca en esa manzana 5, y de hecho se dice que sólo puede establecerse en ella. Siguiendo con la interpretación de la norma, la exigencia de que los usos compatibles sólo puedan establecerse en edificios de viviendas en planta baja, semisótano y sótano, se establece para "todos los demás usos", expresión esta de la que deducimos que está haciendo referencia a otros usos distintos a los tres que preceden a ese párrafo (uso hotelero, uso comercial para centros comerciales y uso sanitario). Parece la única interpretación posible teniendo en cuenta que para esos usos específicos, el sanitario y el hotelero, se prevé expresamente que puedan establecerse en edificios completos.

Concluimos, por tanto, y como hemos adelantado, que la normativa urbanística aplicable no impide ni resulta contraria a que en esa concreta manzana n 5, se ubique la edificación a la que venimos haciendo referencia, destinada a un uso compatible como es el uso comercial y dentro del mismo el uso comercial para centro comercial.

CUARTO.

Cuestiona, igualmente el recurso de apelación lo razonado en el fundamento de derecho SEXTO de la sentencia de Primera Instancia. Al igual que hemos hecho con los fundamentos de derecho anteriores iniciamos el estudio de los argumentos impugnatorios reproduciendo con carácter previo ese fundamento de derecho sexto:

SEXTO.- De la ocupación de una parcela destinada a espacio libre por el vial de acceso al centro comercial y su relevancia de cara a la licencia de obras.

Respecto de esta cuestión cabe señalar varias cuestiones:

6.1º.- Que el vial de acceso a través de la calle Calvo Sotelo se extiende sobre un terreno municipal destinado a zona libre o zona verde es algo que no se discute en el presente procedimiento. Así ha sido admitido por las partes

demandadas en sus escritos rectores y así ha sido declarado por el sr. Arquitecto municipal en la vista de la práctica de prueba.

Igualmente queda constancia (razonamiento o fundamento noveno de la resolución y del informe de urbanismo, al folio 58 y 80) que la ocupación o utilización de este vial tiene una voluntad temporal en tanto que se desarrolla la reparación de la calle Membrilla, calle que se encuentra en reparación por los defectos apreciados y decididos en la Sentencia de este juzgado de fecha de 23 de Agosto de 2017, hoy firme según el registro electrónico del juzgado. También se puede ver la escasa ocupación de dicha zona al doc. 6 de la demanda en que se aprecia la escasa distancia y anchura del vial que se instala para salir a la vía pública.

6.2º.- Partiendo de ello las demandadas utilizan dos argumentos para justificar jurídicamente esta actuación. Así lo primero dice que es una cuestión y práctica muy extendida y aporta fotografías de diferentes lugares. Posteriormente aporta una justificación en relación a que no se afecta la finalidad, espíritu y naturaleza de esa función por la construcción de un vial de 6 metros de ancho.

6.3º.- Lo primero que hay que decir es que el hecho de que se utilice o quiera utilizar un terreno de dominio público para un uso privado no implica siempre que se deba desafectar el mismo o se haya de alterar la naturaleza jurídica de éste a través del procedimiento al efecto conforme al art. 81 LBRRL. La utilización privativa o aprovechamiento especial de los bienes de dominio público es perfectamente asumible siempre que los mismos cumplan los requisitos que marca la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (arts. 84 y ss L. 33/2003), y en este caso el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986). Por tanto de aquí ya se puede limitar el argumentario de la demandante en la medida en que no es necesaria la modificación de la naturaleza de los bienes, y es más, la naturaleza no se ve afectada por el uso de estos bienes, pues los bienes demaniales son imprescriptibles (art. 132 CE, art. 80 LBRRL).

La utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público se legitima no en base a su naturaleza, sino en base al título habilitante (art. 84 LPAP), lo que igualmente sirve para desestimar las alegaciones de los demandados de intentar justificar la ocupación de la zona verde a través de las fotografías de ocupaciones análogas, pues la realidad es que no se sabe exactamente qué situación jurídica tienen los diferentes usos que documentan, pues no se sabe si han sido cedidos, modificados o son objeto de concesión, etc.

6.4º.- Según las partes en litigio la parcela en cuestión tiene su acceso por la calle Membrilla, acceso que hoy no puede ser utilizado por los múltiples defectos que la propia calle tiene por motivos ajenos tanto a la mercantil interesada y hoy demandada como al propio ayuntamiento.

Ante la falta de seguridad se ofreció la alternativa de realizar ese paso que se documenta en el doc. 6 a través del espacio libre señalado como forma de garantizar el acceso.

El demandante alega que el acceso a través de esa zona verde es nulo porque no es compatible tal uso con la propia naturaleza de la zona verde. A ello se debe añadir que no se ha llevado ningún tipo de procedimiento para conceder el acceso a través de la mencionada zona verde ni se ha generado derecho alguno a favor de la Hacienda Local.

6.5º.- Es cierto que existe la previsión legal del acceso a través de la calle Membrilla, que es el acceso propio y necesario del centro comercial, lo que no tiene previsión el Plan Parcial ni el Plan General es qué pasa cuando dicho acceso, por motivos ajenos a la administración (PO 265/2014) no es operativo.

Resulta que la situación no es tan simple como una mera ocupación ilegítima, sino que se produce un choque entre la legalidad formal (que exigiría el respeto pleno a las previsiones y por tanto la imposibilidad de usar otro acceso que no sea el previsto en los planes) y el derecho de un propietario a dar acceso a la propia parcela, más cuando ninguna responsabilidad tiene en el cierre de aquel acceso y la primera de las opciones en el proyecto de

construcción fue precisamente acomodarse directamente a la legalidad y solicitar el acceso a través de la calle Membrilla, acceso que por motivos de seguridad se consideró por los técnicos municipales que no podría asumirse.

6.6º.- Por tanto aquí se considera que el único defecto consiste en haber obviado el procedimiento de concesión o autorización para que mientras permanece la calle Membrilla en las condiciones en las que se encuentra (hundimiento de parte de su estructura por una deficiente compactación del terreno de obras antiguas y de la propia urbanización), cuestión que una vez solventada (pues se considera que es perfectamente subsanable y legalizable a través de la oportuna concesión del dominio público y del devengo de las correspondientes cantidades por la ocupación del mismo) haría perfectamente válido y legítimo dicho acceso desde el punto de vista formal y material, pues la forma de entender el problema que señala el demandante llevaría a negar la posibilidad de acceso a unas parcelas por el hecho inesperado del hundimiento de la calle que le daría acceso.

6.7º.- Así las cosas se entiende que es un defecto de forma el que afecta a la licencia en lo que al acceso se refiere, siendo perfectamente válida en el resto de sus elementos, se considera que el art. 49.2 L. 39/2015 y art. 64.2 LRJ-PAC determinan la posibilidad de declarar la validez del resto de la licencia de obras, que es lo que aquí se está analizando, cuando dicen que La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

Así la licencia de obras tiene o tenía por objeto la construcción de la nave, nave que ya se construyó, y se entiende que conforme a las previsiones urbanísticas a la misma aplicable a excepción del acceso a las obras debido a los defectos en la autorización a través de la zona de uso libre o zona verde. Lo único que no se realizó plenamente conforme a derecho sería el acceso a la mencionada nave, pero se vuelve a repetir que se trata aquí únicamente de la licencia para la construcción y no para el uso de la mencionada nave, lo que hace que esa ilegalidad no afecte al resultado constructivo (que cumple con las determinaciones del planeamiento) y que además, atendiendo a que la licencia de construcción se agota con la propia construcción de la nave, sus efectos no se proyecten en el tiempo en la medida que deba considerarse un acto plenamente agotado y perfecto tras la construcción autorizada a través de la licencia.

Esta cuestión habrá de volver a ser analizada desde el punto de vista de la licencia de actividad en el procedimiento correspondiente a ello, pues obviamente no es la misma situación jurídica, pero se entiende que los defectos de forma en la legalización de ese acceso no afectan a la legitimidad de la licencia para la construcción de la nave y tampoco a la propia construcción que se considera correcta y ajustada al planeamiento por lo ampliamente razonado en los fundamentos que anteceden.

Comenzando por lo que considera hechos acreditados en su escrito de apelación -apartados nueve y siguientes del fundamento II- asume alguno de los datos que refleja la sentencia para destacar otros, en especial el contenido del proyecto técnico. Concluye afirmando que se ha reconocido por la defensa del ayuntamiento y el arquitecto municipal que la parcela en cuestión no ostenta la condición de solar, afirmación esta más que discutible, y que desde luego, la sentencia apelada rechaza.

Ya en el apartado VI del recurso de apelación se ocupa, en primer lugar, de rechazar los argumentos expuestos por el ayuntamiento y la codemandada para justificar la creación y el mantenimiento de un vial sobre el sistema general de zonas verdes. Las partes apeladas insisten en los argumentos que mantuvieron en primera instancia.

Sobre esta primera cuestión conviene precisar que la sentencia, en relación con este concreto motivo de impugnación de la demanda, viene a asumir, en parte, los argumentos expuestos por la recurrente y ahora apelante, rechazando lo defendido por el Ayuntamiento y la parte inicialmente con demandada, si bien, como también veremos, no estima que pueda concluirse con alcance que pretendía la de mandante. Tal circunstancia no puede ser obviada teniendo en cuenta que esta sentencia (a diferencia de lo que sucede con la sentencia dictada estimando en parte el recurso contencioso planteado por la misma recurrente frente a la resolución que otorgó la licencia de actividad) no ha sido planteado por el Ayuntamiento ni por la mercantil AKI.

En consecuencia no cabe admitir debate alguno respecto a lo razonado en la sentencia "en contra" de lo alegado en la contestación a la demanda del Ayuntamiento y de la mercantil AKI, y más concretamente respecto a lo razonado para rechazar la legalidad del establecimiento y mantenimiento de un vial de acceso a través de la calle Calvo Sotelo sobre terreno municipal destinado a zona libre o zona verde, basado en que se trata de una práctica extendida -afirma en apelación que así se hizo respecto a la nave centro comercial de la propia recurrente- y a que no se afecta a la finalidad, espíritu y naturaleza de esa función "por la construcción de un vial de 6 m de ancho".

En el párrafo segundo del apartado 6.3 la sentencia después de hacer referencia a la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, legitimado no por su naturaleza sino por el título habilitante (artículo 84 L.P.A.P.) explica que tal planteamiento justifica rechazar las alegaciones de los demandados al intentar justificar la ocupación de la zona verde a través de fotografías de ocupaciones análogas, explicando que "la realidad es que no se sabe exactamente qué situación jurídica tienen los diferentes usos que documentan pues no se sabe si han sido concedidos, modificados o son objeto de concesión etc."

Retomando los motivos de impugnación expuestos por la parte apelante en relación con este concreto aspecto, la sentencia refleja un correcto equilibrio entre las posiciones mantenidas por las partes, haciendo referencia al contenido específico de la licencia impugnada y valorando adecuadamente las concretas y específicas circunstancias que concurren, valoración de uno y otros datos que resultan indispensables para dar respuesta a la compleja y peculiar controversia jurídica planteada.

Parte la sentencia de que ese acceso a través de la calle Calvo Sotelo se extiende sobre un terreno municipal destinado a zona libre o "zona verde", destacando igualmente la escasa ocupación de esa zona, por su distancia y anchura (se ocupa una superficie de 121,60 m² de un total de 9.203 m² de sistema general de zona verde). Resalta también que no se cuestiona por las partes que esa parcela tiene acceso (según el planeamiento) por la calle Membrilla, explicando que ese acceso hoy no puede ser utilizado por los múltiples usos que la calle tiene por motivos ajenos tanto a la mercantil interesada (AKI) como al propio Ayuntamiento. Está asumiendo lo alegado por el Ayuntamiento respecto a la problemática surgida en el marco de una obra ejecutada en esa calle por otra contratista, que finalmente ha sido resuelta por la sentencia recaída en el procedimiento ordinario 265/2014, ,

motivando que ,como consecuencia de esa problemática y hasta que se resolvió la misma, ese acceso no era operativo.

En cuanto al fundamento jurídico del pronunciamiento que refleja el fallo, la sentencia apelada parte de una precisión relevante: que la ocupación o utilización de ese acceso tiene una voluntad temporal, en tanto que se desarrolla la reparación de la calle Membrilla, calle que, explica nuevamente: "se encuentra en reparación por los defectos apreciados y decididos en la sentencia de este Juzgado de fecha 23 de agosto de 2017, hoy firme...". En plena coherencia con ello se encuentra el apartado 6.3 del razonamiento que se refiere a la posibilidad de que se utilice o pueda utilizarse un terreno de dominio público para un uso privado.

Para concluir con este primer acercamiento a los términos en los que la problemática queda reflejada en la sentencia de primera instancia, dicha sentencia se ocupa de los motivos de impugnación que planteó la parte apelante: nulidad porque no es compatible tal uso como vial de acceso con la propia naturaleza de la zona verde ; inexistencia de procedimiento para conceder el acceso a través de la zona verde ni generación de derecho alguno de la Hacienda Local . La sentencia concluye, en el apartado 6.6 que el único defecto consiste en haber obviado el procedimiento de concesión o autorización para que, mientras permanece la calle Membrilla en las condiciones en las que se encuentra (hundimiento de parte de su estructura por una deficiente compactación del terreno de obras antiguas y de la propia urbanización) ese acceso a las obras sería autorizable, a través de la oportuna concesión de l dominio público y del de vengo de los correspondientes cantidades por ocupación del mismo.

Precisado lo anterior, mantiene la parte apelante que la sentencia -y dice que también las partes intervinientes- acepta que "sobre el sistema general de zona verde se efectúa la apertura de una nueva calle de 6 m de ancho para darle servicio a la propiedad de AKI " y que esto determina necesariamente que la licencia de obra resulte ser un acto nulo de pleno derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 29 y 87 del Reglamento de Disciplina Urbanística del TRLOTAU .

Como hemos adelantado no compartimos ese argumento destacando, por un lado, que la sentencia no acepta ni asume, en esos términos ,tal afirmación y, por otro, que se trata de un planteamiento que no tiene en cuenta las concretas y específicas circunstancias que concurren y que la sentencia si aprecia y valora correctamente.

Desarrollando su argumento y criticando el razonamiento de la sentencia mantiene el recurso de apelación que no es correcto lo afirmado en esta última de sentido de que la licencia "permitió un acceso para la ejecución de las obras". Se basa, para ello, en el contenido del proyecto técnico presentado y afirma que la sentencia no repara en que la licencia se concede para un determinado proyecto técnico y que en el mismo se preveía un nuevo viario sobre el sistema general de espacios libres y zonas verdes, haciendo expresa mención a los planos presentados y a que si fuera un acceso

provisional durante las obras no tendría por qué aparecer en el proyecto, en el que se prevé como permanente y como viario de salida.

En contra de lo afirmado la sentencia si aborda adecuadamente esta cuestión destacando, por un lado, y en primer lugar, el contenido de la resolución impugnada, que hace referencia a una ocupación y utilización de ese viario temporal, en tanto se desarrollara la reparación de la calle Membrilla. Alude, adicionalmente, al informe de urbanismo que le sirve de precedente. El informe precisa que se trata de una licencia de "obra", para la construcción de una nave; refleja los datos de la clasificación del terreno, los usos (el global y los compatibles) y el respeto de la edificación proyectada a los parámetros urbanísticos exigibles según el planeamiento, concluyendo, por ello, que el proyecto básico se ajusta a la normativa del PAU y del Plan Parcial, añadiendo, en lo que nos interesa que: *"deberá indicarse que, dado el estado en el que se encuentra el firme de la calle Membrilla, y en tanto en cuanto se le de solución, el acceso y salida de la parcela durante la ejecución de las obras deberá realizarse por la avenida Leopoldo Calvo Sotelo, respetando en todo caso la señalización existente y sin rebasar la línea continua de separación de carriles"*. El acuerdo de la Junta de Gobierno Local que concede la licencia mantiene, lógicamente, que lo concedido es una licencia de obras consistente en la construcción de una nave sin uso, y añade, en su apartado no veno, literalmente, la indicación prevista en ese informe.

En segundo lugar, y en plena coherencia con lo anterior la sentencia destaca que la licencia de obra tenía por objeto la construcción de la nave (ya construida) y que se entendía que era conforme con los parámetros urbanísticos aplicables (algo ni siquiera cuestionado) a excepción del acceso a las obras debido a los desperfectos de la calle Membrilla. Reitera, acto seguido, que se trata únicamente de la licencia para la construcción y no para el uso de la mencionada nave y por ello va lora que esa ilegalidad (relativa al acceso provisional y para la obra) no afecta a la legalidad urbanística del resultado constructivo y que la licencia concedida, de obra, se agota en la propia construcción de la nave, sin que sus efectos se proyecten o dilaten en el tiempo.

No está demás destacar que tampoco se ha cuestionado tal razonamiento y la consecuencia que del mismo deriva y se refleja en el fallo de la sentencia, por el a juntamiento ni por la inicial codemandada, que no plantearon en este procedimiento ordinario recurso de apelación frente a la sentencia.

Sigue exponiendo la parte apelante que tampoco comparte los razonados en la sentencia en el apartado 6.5, 6.6 y 6.7 pero lo hace partiendo, como hemos explicado, del contenido del proyecto sin tener en cuenta lo razonado en la sentencia respecto a el contenido y alcance de la resolución que concedió la licencia.

En base a lo explicado podemos concluir que los argumentos impugnatorios no desvirtúan los razonamientos de la sentencia que motiva, acertadamente, que resulta aplicable la posibilidad prevista en el artículo 64.2 de la Ley 30/92 de conservación, aún en los supuestos de nulidad o

anulabilidad en parte del acto administrativo, manteniendo las partes del mismo, independientes de la parte viciada, siempre y cuando es la última nos sea de tanta importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado. Y concluye en esos términos, insistimos, después de valorar el alcance de la licencia concedida respecto al acceso por la calle Calvo Sotelo, rechazando expresamente que lo autorizado sea un vial permanente y para el uso o utilidad propia de la nave, con la estabilidad que ello conlleva, y valorando también las específicas circunstancias que concurrían y que no pueden ser obviadas para dar una respuesta en derecho a esta específica problemática. Hacemos nuestro, en este mismo sentido, lo razonado en la posterior sentencia dictada en el procedimiento ordinario 56/2017, entre las mismas partes, y relativa a la licencia de instalación y funcionamiento del centro comercial, también apelada, diferenciando el alcance de la ilegalidad del acceso en la inicial licencia de obras y en la posterior licencia de funcionamiento, "con la continuidad y permanencia como notas características" de esta última y no de la primera.

Se explica en esa posterior sentencia de 23 de abril de 2018, con referencia a lo concluido en la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 114/2016 cuya apelación ahora resolvemos que:

"Es cierto (tal y como dice en el recurso de apelación de aquel procedimiento) que la nulidad es absoluta y, por ello, y teniendo muy en consideración las circunstancias concurrentes que han motivado el proceder de la administración de las cuales se da cumplida razón en aquella sentencia, se señala la teoría de la conservación de actos en cuanto a que la licencia nula puede ser convalidada en todo lo demás, que es lo que se hace en aquella sentencia, separando el elemento nulo del resto y más teniendo en cuenta que la obra en si no requeriría de nuevas invasiones de dicha porción de dominio público ni se corría el riesgo de la consolidación de la situación antijurídica, pues la obra real, el edificio no tiene como antes se ha dicho tacha urbanística más allá de esa. Subyace en aquella decisión que se está de acuerdo con los demandados en que la protección de la zona verde no se ve amenazada por la actuación administrativa hoy impugnada, pues realmente y así lo declaró a "tanto alzado" el arquitecto declarante, el espacio afectado es muy limitado en proporción al total y las circunstancias especiales que implicaban que no se pudiera usar el vial que ordinariamente debiera dar uso, se considera que así lo aconsejaban.

Ello no obstante, en las actuales circunstancias, y respecto de la actividad, que implica el uso continuado ilegítimo del dominio público sobre el que ni tan siquiera se ha generado beneficio a la comunidad a través de un canon por su utilización, pese a que pueda parecer al que suscribe contrario a la proporcionalidad el defecto observado y la consecuencia jurídica impuesta por la ley (art. 55 RDLeg 7/2015 o art. 87 del Decreto 34/2011 CLM que aprueba el reglamento de disciplina urbanística), convierte en nula de pleno derecho la licencia otorgada, sin perjuicio de que se pueda legalizar la actividad sin ese acceso o volver a plantear y ejecutar un nuevo acceso a través de los terrenos que permitan tales actuaciones o incluso legalizar el mismo debidamente si ello es posible, previo el procedimiento al efecto y el abono de las cantidades correspondientes a la hacienda municipal.

Especialmente relevante resulta el dato de que el acceso a la parcela, para llevar a cabo la construcción que autoriza la licencia de obra concedida, no pudiera efectuarse por la calle que, conforme al planeamiento, es el vial de acceso. La parte apelante trata de restar importancia a esa circunstancia pero, simultáneamente, la utiliza para argumentar que ello supone que la parcela en cuestión no tenía la condición de solar.

En todo caso, la sentencia considera acreditado el dato relativo a la inviabilidad de utilizar ese acceso y le otorga relevancia a efectos de valorar ese acceso provisional a través de la zona verde. Con ello, y como también se motiva, el ayuntamiento había tratado de hacer frente a una situación concreta y anómala, facilitando la eficacia de los derechos y expectativas que la normativa urbanística reconoce al propietario de la parcela, explicando también que ese acceso, conforme al planeamiento, fue la primera de las opciones del proyecto de construcción.

En definitiva, se está poniendo de manifiesto que esa autorización realmente concedida no fue caprichosa o injustificada, ni tampoco dirigida a favorecer los intereses del solicitante de la licencia, sino que se planteó como una solución menos gravosa, dadas las circunstancias, para el interesado y para el propio ayuntamiento a fin de evitar futuras responsabilidades por no permitir la ejecución de obras amparadas por el planeamiento, limitando la deficiencia apreciada a la no obtención previa, y a través del procedimiento correspondiente, de la concesión o autorización con el correlativo beneficio generado para el interés general con el abono de las cantidades que correspondan a esa ocupación. Gráficamente la sentencia expone que *“la forma de entender el problema que señala el demandante llevaría a denegar la posibilidad de acceso a unas parcelas por el hecho inesperado del hundimiento de la calle que le daría acceso.”*

En relación con esto último, rechazamos también lo alegado en el apartado VII del recurso de apelación bajo el epígrafe: *“la licencia es nula porque la parcela no ostenta la condición de solar”*, basada en que se ha vulnerado lo previsto en el apartado 2.3 de la Disposición Preliminar de la LOTAU. Al margen de la consecuencia práctica que explicita la sentencia apelada aplicando el planteamiento a este caso concreto, añadimos que la previsión normativa que se cita no puede interpretarse en el sentido de que teniendo una parcela la condición de solar, por reunir las condiciones legalmente previstas para ello, incluida la de acceso por vía pavimentada, abierta al uso público, deje de tenerla porque circunstancial y coyunturalmente ese acceso no resulta idóneo, en un momento concreto o durante un periodo de tiempo hasta que se proceda a su reparación o a la subsanación de defectos existentes.

Esta misma cuestión se analiza en la sentencia dictada en el procedimiento ordinario número 56/2017, que completa el razonamiento que refleja la que ahora se apela, en los términos siguientes:

“ 6. 6º.- En este punto hay que recordar igualmente que, el hecho de que por circunstancias temporales o provisionales una carretera no pueda dar servicio no significa que los solares a los que sirve pierdan tal calidad. La condición de solar no se pierde por cuestiones de hecho como es la falta

de seguridad para soportar un tránsito elevado durante cierto tiempo, pues además lo que se ve afectado es la intensidad del uso previsto, no el uso en sí que hoy por hoy permite el acceso a dicho centro. Esos terrenos tendrán carácter de solar y otra cuestión diferente (y que no se ha planteado abiertamente) es si podrá o no tener vigencia la licencia o habrá de ser suspendida en tanto en cuanto los accesos no estén plenamente operativos.”

Destacamos, en relación con este concreto motivo de impugnación, que el mismo no se ha mantenido en el escrito de adhesión al recurso de apelación que la representación procesal de la mercantil BRICORAMA IBÉRICA ha presentado respecto a la sentencia recaída en el procedimiento ordinario en el que se tramitó y resolvió la impugnación de la resolución que concedió la licencia de instalación y funcionamiento .

Los argumentos expuestos conducen a la íntegra desestimación del recurso de apelación planteado.

QUINTO .

Conforme a lo previsto en el artículo art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , y pese a haberse desestimado el recurso de apelación entendemos que no resulta procedente la condena en costas a la parte apelante pues la problemática presenta notoria complejidad jurídica (en primera instancia y que se traslada al recurso de apelación) que justifica tal decisión, tal y como fácilmente se desprende de los razonamientos de esta sentencia.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y de más de general y pertinente aplicación y en atención a todo lo expuesto,

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la mercantil **BRICORAMA IBERIA SL** frente a sentencia número 6/2018, de 16 de enero de 2018, recaída en procedimiento ordinario 114/2016, de los tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Ciudad Real que íntegramente confirmamos.

Sin imposición de costas procesales.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA. No obstante, si la notificación se realiza durante la vigencia de la suspensión de plazos procesales establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del



estado de alarma, y sucesivas prórrogas, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a aquél en que quede levantada dicha suspensión de plazos.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Constantino Merino González, estando celebrando audiencia en el día de su fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.