



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00169/2014

-

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA N° 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2013 0000237

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000225 /2013 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De : CLINICA GARAYA S.L.

Letrado: D. LOPD

Procurador Dª: LOPD

Contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO ALCAZAR DE GIJON

Letrado: Dª. LOPD

Procurador D. LOPD

SENTENCIA

En GIJON, a dieciséis de Octubre de dos mil catorce.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 225/2013, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la "Clínica Garaya S.L.", representada por la Procuradora Doña LOPD y asistida por el Letrado D. LOPD de otra como demandada el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don LOPD y asistido por la Letrada Dª. LOPD; y como codemandada la Comunidad de Propietarios del "Edificio Alcazar" asistida por la Letrada Dª. LOPD, sobre Urbanismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la recurrente se presentó en este Juzgado, recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibándose posteriormente el pleito a prueba, practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 9-7-13 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 4-2-13, por la que se consideró no ajustada al contenido de la comunicación previa presentada por Clínica Garaya S.L. con fecha 12-12-12 para sustitución de carpintería en hueco de fachada por pantalla interactiva en calle Corrida esquina calle Munuza.

Se señala en la demanda que el 12-12-12, la demandante presentó ante el Ayuntamiento de Gijón comunicación previa para la realización de una obra menor consistente en la "sustitución en hueco existente en fachada de la carpintería actual por una pantalla interactiva que encaja exactamente, sin invadir el plano de la fachada". Que se utilizó para esa comunicación el modelo normalizado 04.08 puesto a su disposición por el Ayuntamiento. En el apartado sexto de la comunicación, referido a la descripción de la obra y emplazamiento, se señalaba textualmente "colocación de pantalla interactiva en el hueco existente en el chaflán de las calles Corrida y Munuza de Gijón", reiterándose que no habría ocupación de la vía pública, señalando como fecha de inicio de la obra el 26-12-12 y como fecha de finalización el 2-1-13. Ese mismo día 12 se aprobó por el Concejal Delegado responsable la liquidación provisional del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras por una cuota de 120 euros correspondiente al tipo de gravamen del 4% sobre una base imponible equivalente al presupuesto de la obra, de 3.000 euros. Esa cantidad se hizo efectiva el 18-12 mediante ingreso a favor de Tributos Municipales del Ayuntamiento de Gijón.

Se añade que dicha obra que tenía por objeto iniciar una actividad de publicidad exterior mediante pantalla interactiva, se hizo ajustándose estrictamente y en su totalidad a lo manifestado en la citada comunicación, como se declaró responsablemente en su día. Es decir, Clínica Garaya procedió a retirar la carpintería del hueco de la fachada para sustituirla por una pantalla interactiva, tal como se comunicó y tal como aparece gráficamente descrito en la composición fotográfica adjuntada con la citada comunicación.

Como fundamentos de derecho se alega que la mercantil demandante solicitó en su día del Ayuntamiento de Gijón una licencia urbanística de una obra menor consistente en la sustitución en hueco existente en fachada de la carpintería actual por una pantalla interactiva que encaja exactamente, sin invadir el plano de fachada. Se añade que en la propuesta de resolución se dice que la obra no se ajusta al contenido de la comunicación previa dado que no se ajusta al PGO y que en la fecha de emisión de la resolución desestimatoria de la licencia resulta imposible conocer si las obras se habían realizado sin haberse ajustado a la comunicación previa realizada en su día. Se indica que la motivación por la que se desestimaba la licencia, esto es, que la obra no se ajusta al

contenido de la comunicación previa dado que no se ajusta al PGO es ilógica e incongruente y vicia de nulidad o anulabilidad la resolución recurrida. Se señala que no hay un acta de inspección urbanística anterior a la resolución, la posterior (no convalidable) no contiene los elementos establecidos en los apartados c), d) y e) del punto 1 y los establecidos en el punto 2 del art. 3.2.4 del PGO, ni se notificó a los interesados, ni se cumplieron los requisitos formales esenciales en este tipo de procedimientos.

Se indica que la resolución recurrida deniega la licencia fuera del plazo máximo establecido por la normativa urbanística para su concesión. Se alega que la solicitud de licencia tuvo lugar el 12-12-12, tramitándose como solicitud de una licencia de obra menor, a tenor del art. 3.1.30 del PGO, obteniéndose por silencio en el plazo de 1 mes, es decir el 12-1-13, sin que pueda oponerse el inciso final del art. 229.7 del DL 1/04 de que "en ningún caso podrán adquirirse por silencio facultades en contra de las leyes, planeamientos y demás normativa urbanística", porque la obra no es que contravenga el PGO sino que no está prevista por el mismo.

Se señala que la Ley 12/12 entró en vigor el 27-12-12, 15 días después de haberse iniciado el expediente administrativo y que la resolución que resuelve el recurso de reposición cuando dice que a la cartelera publicitaria de referencia debe aplicársele por extensión, lo señalado por el PGO para los rótulos luminosos en el sentido de que "no deberán causar molestias, deslumbramiento, daño a la vista", sin que figure en ninguna parte del expediente informe alguno de los servicios técnicos en este sentido, vuelve a tener una motivación incongruente y arbitraria.

Se invoca el art. 5.2.68 apartado 3.1.b) del PGO, el apartado 3.3º del mismo artículo y el art. 5.2.68 apartado 3.3º.b).

Asimismo se invoca la directiva 2006/123 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12-12-06, relativa a los servicios en el mercado interior, que en su considerando 42 establece que las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta.

Por la Administración demandada y la parte codemandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Se alega por la actora el carácter incongruente e ilógico de la resolución de 11-3-13 que entiende la obra solicitada como no ajustada al contenido de la comunicación previa para la realización de obra menor solicitada para sustitución de carpintería en hueco de fachada por pantalla interactiva en calle Corrida 23 esquina calle Munuza, primera planta, dado que no se ajusta a lo dispuesto en el PGO.

Ciertamente la resolución de 11-3-13 resulta incoherente en cuanto resuelve entender la obra solicitada como no



ajustada al contenido de la comunicación previa para la realización de obra menor solicitada en base a que no se ajusta a lo dispuesto en el PGO. No se explica, ni se deduce de la resolución, porqué motivo la obra solicitada no se ajusta al contenido de la comunicación previa, sin que tal supuesta discrepancia pueda explicarse en base a la normativa prevista en el PGO.

El acuerdo de la Junta de Gobierno de 9-7-13 desestima el recurso de reposición interpuesto y entiende no ajustada al contenido de la comunicación previa presentada con fecha 12-12-12, por exceder las obras realizadas de las contenidas en dicha comunicación (elemento 15 del expediente 667T/2012). El contenido de dicha resolución no coincide con la copia del acuerdo recurrido aportada con el escrito de interposición del recurso (folio 14 de la causa) obrante igualmente en el expediente 6665/2013 (folio 29 del expediente).

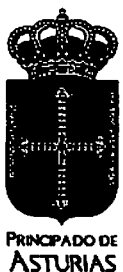
En todo caso el exceso (que no se concreta en la resolución) de las obras realizadas, respecto a las contenidas en la comunicación previa es una cuestión de hecho que no encuentra una explicación lógica en el hecho de que la comunicación o las obras realizadas no se ajusten a lo establecido en el PGO (cuestión jurídica).

Existe pues un defecto de motivación en la resolución recurrida que conlleva la anulación de la misma, (art. 63.1 en relación con el art. 54 de la Ley 30/92) al no ofrecerse en dicha resolución una justificación de porqué las obras realizadas exceden de las contenidas en la comunicación previa, explicación que no puede hallarse en las disposiciones del PGO.

Solicita la actora en el suplico de la demanda, además de la anulación de la resolución recurrida, se acuerde la legalidad de la licencia solicitada.

Señala la actora que ha obtenido la licencia solicitada por silencio administrativo. Sin embargo lo que el 12-12-12 formuló ante el Ayuntamiento no fue la concesión de una licencia por obras menores, sino una comunicación previa para la realización de obra menor relacionada con una actividad comercial o de determinados servicios, por lo que no puede acogerse la alegación de obtención por silencio de una licencia que nunca se solicitó.

A este respecto ha de señalarse que la instalación de rótulos u otros elementos publicitarios ubicados en inmuebles privados y visibles desde la vía pública, requieren de la previa licencia urbanística, según se desprende del art. 228.2 del DL 1/04 a tenor de la cual estarán supeditados a la obtención de licencia previa, a los efectos de la legislación urbanística, los actos de edificación y uso del suelo, tales como "la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública". En este sentido el fin que se persigue con el sometimiento a previa licencia de la instalación de elementos publicitarios, es la protección de la seguridad del tráfico rodado y de los viandantes, así como la propia estética urbana.



La resolución recurrida no aclara con la debida precisión si la ejecución de obras de sustitución de carpintería de ventana para colocación de pantalla interactiva está sujeta a previa licencia, pues si bien en los fundamentos de derecho cita el art. 3.3 de la Ley 12/12 sobre inexigibilidad de licencia o autorización previa para las obras ligadas al acondicionamiento de los locales para desempeñar actividad comercial cuando no requieran de la redacción de un proyecto de obra, y el art. 5 del mismo texto legal, en el apartado segundo de la parte dispositiva acuerda dar traslado al Servicio de Licencias y Disciplina para que inicie las actuaciones que resulten procedentes por estar desarrollando la actividad de publicidad exterior mediante pantalla interactiva luminosa sin contar con la preceptiva licencia municipal.

Lo que sí se desprende de dicha resolución es que la colocación de la pantalla no está amparada por el PGO. Así, en el informe técnico municipal de 18-4-13 (folio 26 del expediente 6665/2013) se indica en relación a la pantalla que considerada como una "muestra", sólo se admiten por encima de la planta baja, en los antepechos de los huecos, con una altura no mayor de 0,30 metros. Si se trata como el carácter excepcional de los rótulos para las plantas superiores a la baja, como también se cita en el recurso, de igual forma tiene limitado su tamaño y no puede ocultar los huecos de la edificación. Es decir, la pantalla no es encajable en la normativa publicitaria el Plan General.

Por tanto, la resolución de 11-3-13 entiende que la obra solicitada en la comunicación previa de 12-12-12 no se ajusta a lo dispuesto en el PGO y en concreto a lo establecido en el art. 5.2.68 de dicho Plan. Así en el informe de inspección de 12-12-12 (elemento 4 del expediente 667T/2012) se señala que la publicidad exterior está regulada en el art. 5.2.68 del Plan General. Y en ese sentido, fuera de la planta baja, como es el caso, sólo se admiten rotulaciones en los antepechos de los huecos con una altura máxima de 0,30 metros. Y, continúa el informe, la solicitud formulada no se ajusta a la tipología descrita ni viene regulada en el texto del Plan por lo que no puede concederse la licencia ajustada a sus determinaciones resultando necesario trasladar la petición a instancias superiores a fin de evaluar el nuevo tipo de publicidad demandada. La actora no solicitó licencia de obra menor para realizar las obras de sustitución de carpintería en hueco de fachada por pantalla interactiva, por lo que nada pudo adquirir por silencio administrativo. Aunque se entendiera que lo que solicitó el 12-12-12 era una licencia urbanística de obras menores no ha obtenido tal licencia por silencio, ya que a tenor del art. 229.7 del DL 1/04, en ningún caso podrán adquirirse por silencio facultades en contra de las prescripciones de las leyes, planeamiento y demás normativa urbanística.

Invoca la actora el art. 5.2.68 apartado 3.1º.b) según el cual (último inciso) las muestras pueden situarse igualmente dentro de los escaparates o de los huecos de fachada, sin rebasar en este caso los límites laterales de los mismos. Sin embargo el art. 5.2.68 apartado 3.1º.b) regula la colocación de muestras en planta baja, circunstancia que no concurre en

la pantalla litigiosa, a lo que ha de añadirse que según el apartado 3.1º.e) del mismo precepto, en los edificios colectivos y en plantas diferentes de la baja, tan sólo se admiten rotulaciones comerciales en forma de muestra en los antepechos de los huecos, con altura no mayor de 30 centímetros y ancho no superior al de cada hueco individualmente. En el caso de autos ni la pantalla está en el antepecho del hueco (sino en el mismo hueco), ni su altura es inferior a 30 centímetros ya que el hueco donde está colocada la pantalla tiene una altura de 2 metros (fotografías obrantes en el elemento 2 del expediente 667T/2012).

El hecho de que el art. 5.2.68.3.3º del PGO establezca que con carácter excepcional cabrá la autorización de rótulos en plantas de piso en edificios exclusivos de uso terciario, no excluye el deber de cumplimiento del resto de condiciones que se imponen en el art. 5.2.68.3.3º.b), según el cual "los rótulos que excepcionalmente se sitúen en plantas de piso no podrán volar una distancia superior a 80 cm, medidos desde la alineación de fachada, no ocultarán elementos decorativos o huecos existentes...".

En el presente caso la pantalla litigiosa incumple dicha norma en cuanto oculta un hueco existente. Según el diccionario de la RAE ocultar es esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista y es claro que la pantalla en cuestión tapa el hueco anteriormente existente con ventanas (fotografías obrantes en el elemento 2 del expediente 667T/2012) y que permitía la iluminación y ventilación del inmueble.

El art. 5.2.68 del PGO, que regula la publicidad exterior, en su apartado 3 resulta aplicable a la pantalla interactiva litigiosa, que no deja de ser una forma de cartel publicitario.

Respecto a la aplicación de la Directiva 2006/123/CE y el principio de intervención mínima, la sentencia del TSJ de Madrid de 17-2-11, con cita del considerando 9 de dicha Directiva señala, en relación a la Ordenanza impugnada en el recurso que resuelve, que regula cuestiones relativas al urbanismo y queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

Ha de insistirse en que la actora en el escrito presentado ante el Ayuntamiento el 12-12-12 no realizó una petición de licencia urbanística de obras menores sino una comunicación previa y que la resolución municipal de 11-3-13 no resuelve por tanto una petición de licencia, sino que se pronuncia sobre dicha comunicación previa.

A este respecto el art. 5 del RD Ley 19/12 establece que la presentación de la declaración responsable o de la comunicación previa, con el consiguiente efecto de habilitación a partir de ese momento para el ejercicio material de la actividad comercial, no prejuzgará en modo alguno la situación y efectivo acomodo de las condiciones del establecimiento a la normativa aplicable, ni limitará el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción y en general de control que a la



Administración en cualquier orden estatal, autonómico o local, le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso.

Teniendo el Municipio competencia en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (art. 25.2.d) de la Ley 7/85), el Ayuntamiento puede controlar si las obras que se describen en una comunicación previa se ajustan al Plan urbanístico aplicable, lo que en el presente caso no sucede, al infringirse el art. 5.2.68 del PGO, y por ello no puede acogerse la pretensión de acordar la legalidad de la licencia solicitada.

TERCERO: En materia de costas, siendo parcial la estimación de la demanda no procede su imposición (art. 139 de la LJCA)

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña ^{LOPD} en nombre y representación de Clínica Garaya S.L. contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 9-7-13 debo anular y anulo dicha resolución por no ser la misma conforme a derecho; desestimando en lo demás el recurso promovido; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

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

NOTIFICADO Y
27 OCT. 2014
TRASLADO

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

