

**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 2017 0000115

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000056 /2017 /
Sobre ADMINISTRACION LOCAL

De D/ña: BRICORAMA IBERIA,S.L.

Abogado:

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

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

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO,

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

SENTENCIA Nº 71/2018.

En Ciudad Real, a 23 de Abril 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 27 de Febrero de 2017 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 el *acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ciudad Real adoptado en sesión de 27 de junio de 2016, concedió a AKI BRICOLAJE ESPAÑA licencia de instalación y*

funcionamiento de edificio comercial (tienda de bricolaje) en la C/. Membrilla nº 21, Sector A-CALZ PARCELA 6.5, en la denominada "nave sin uso" que obtuvo licencia de obras el 25 de enero de 2016.

El recurso contencioso administrativo deriva del PO 114/2016 seguido en este juzgado y en el que se acordó no acceder a la ampliación de su objeto al acto administrativo aquí enjuiciado, requiriendo su presentación por separado.

TERCERO.- Que mediante decreto de fecha de 13 de Marzo de 2017 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 3 de Abril de 2017 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 6 de Junio de 2017. Admitida por decreto de fecha de esa misma fecha, siendo contestada por escrito de fecha de 17 de Octubre de 2017 por la mercantil y en fecha de 1 de Septiembre de 2017 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, acuerde: PRIMERO.- Anular y dejar sin efecto alguno el citado acuerdo de 27 de junio de 2016. SEGUNDO.- Anular y dejar sin efecto alguno el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ciudad Real aquí impugnado, en cuanto el mismo aplica el art. 1.6 de las Normas Urbanísticas del Plan Parcial Sector A-CALZ, por no ajustarse a derecho dicho art. 1.6 de las Normas Urbanísticas al incorporar el uso comercial en la manzana 5, planteando al efecto ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha la cuestión de ilegalidad prevista en el art. 27.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción. TERCERO.- Imponer las costas de este procedimiento al Ayuntamiento demandado y a las partes que se opondan a esta demanda.*

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 27 de Octubre 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 pericial de D.

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 conclusas las presentes actuaciones a la espera del dictado de la presente.

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, haciendo referencia a que el acuerdo fue adoptado en el mismo expediente que dio lugar al PO 114/2016 de este juzgado y que por tanto se va a basar en unos mismos fundamentos y hechos.

1.1.I) El demandante argumenta, en esencia, la nulidad de pleno derecho que supone abrir un vial por una zona verde, considerando que supone una infracción del planeamiento por un lado y por otra una infracción del régimen de bienes de dominio público, encubriendo una cesión del dominio público a la entidad hoy demandante.

1.1.II) Igualmente alega que el plan parcial que legitimaría el uso del suelo sería ilegal respecto del plan general en la medida que no respeta los usos del suelo en el mismo establecidos. Así considera que los usos del suelo son residenciales y que no pueden ser asumidos los usos comerciales que se señalan en el plan parcial porque un plan parcial no puede contradecir una norma superior y general de planeamiento. Considera que sería nula la licencia en la medida en la cual la memoria justificativa del plan parcial no motiva los usos complementarios establecidos como el comercial.

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) Se impugna también la licencia por considerar que la misma no tiene fundamento en un solar al no estar en condiciones el acceso por la calle Membrilla que sería el que debiera darle acceso.

Se plantea también la cuestión de la tramitación separada de las licencias, considerando que la tramitación debió de ser conjunta como se infiere de la ley y de su desarrollo reglamentario.

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 apreciaciones sobre la tramitación diferenciada de la licencia de obras y la licencia de funcionamiento o actividad.

Respecto de los accesos viene a recalca 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. Afirma que la parcela tiene carácter de solar y que por ello ningún tipo de prohibición u óbice existe.

Igualmente afirma que los usos compatibles no requieren que sean simultáneos, pues podrían ser conjuntos en el sector, lo que implica que no se trate de un uso ilegal.

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 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» 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 (es lo que se puede ver en el remitente, exista o no tal órgano) 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 incendios 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 37 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 57 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), tal y como consta en el informe general sobre la solicitud.

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.- Entre los folios 90 a 92 aparece el contenido específico de la licencia aquí discutida en cuanto a la de instalación y actividad. En la misma se da cuenta de la reunión de la comisión de saneamiento del municipio y se exige una serie de documentación, calificando la actividad como molesta y acordando una visita de comprobación además de recordar la necesidad de cumplir con la legislación sectorial que resulte de aplicación, informe que es al base de la propuesta y de la resolución existente entre los folios 96 y 98.

3.9º.- Consta igualmente las solicitudes de los últimos certificados para la visita de comprobación previa al comienzo de las actividades, así como una serie de informes y certificados sobre el incremento de la superficie del porche de la tienda y de la obra ejecutada, que no suponen (f. 119) ninguna modificación de la normativa o de la licencia.

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

Si bien en la demanda no se hace una referencia expresa o detallada a este tema, las contestaciones han incidido en la misma, siendo que es un asunto sobre el que se resolvió en la sentencia del precedente PO 114/2016 se reitera lo allí expuesto y se reproduce lo mismo:

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 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 acto 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.

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

I) La impugnación indirecta del plan parcial.

En esencia el motivo de impugnación indirecta se basa en la ausencia de motivación del uso comercial como uso complementario en la manzana 5 del sector, reprochando incluso una actuación normativa del propio plan contraria a la memoria y la justificación de la propia normativa urbanística.

La impugnación de disposiciones generales puede ser directa o indirecta conforme al art. 26 LJCA que dice que *1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. 2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.*

Es cierto que impugnación directa e impugnación indirecta no son equivalentes. Tienen importantes diferencias y la segunda es limitada y supeditada al acto aplicativo. En este sentido la STS de 13 de Noviembre de 2012 señala que *“...Al respecto entendemos que la extensa argumentación del motivo no se ajusta a lo que puede ser objeto de una impugnación indirecta, pues esta no puede convertirse en un análisis plenario de la norma indirectamente impugnada en todos sus contenidos, sino que debe centrarse en el concreto contenido de la norma, determinante en su aplicación del contenido del acto impugnado. La impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado. (Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 6 de noviembre de 2009, R. Casación nº 4543/2005, F.D. 3º y Sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 25 de marzo de 2003, F.D. Segundo, con cita en ella de la de la misma Sala y Sección de 10 de diciembre de 2002, R. de Casación 1345/2000 F.D. Quinto, por todas*

Por tanto ni la falta de impugnación o alegación en el trámite de exposición al público de las normas reglamentarias conforme al art. 26.2 LJCA no es motivo para rechazar la impugnación indirecta ni puede llevar a la aplicación automática e incondicionada de la teoría de los actos propios porque el acto negativo del cual se hace depender el consentimiento se basa en la ficción legal de la notificación edictal, lo que hace imposible considerar el requisito de claridad e incontrovertibilidad de los actos para considerarlos contrarios a la buena fe. Igualmente, la impugnación de la disposición general por vía indirecta no puede llevar a una ilimitada revisión de cualesquiera cuestiones relativas a la norma reglamentaria que aplica el acto, sino sólo de aquellas que tienen relación directa con dicha aplicación. En este sentido la STS de 19 de Abril de 2012 cuando dice que *“...Así lo dice la STS de 10 de diciembre de 2002 (Recurso directo 1345/2000): “Al impugnar un acto administrativo que hace aplicación de una norma reglamentaria cabe, ciertamente, impugnar también ésta, pero sólo en tanto en cuanto la ilegalidad de dicha norma sea causa, o una de las causas, en que se funda la imputación de la disconformidad a Derecho del acto recurrido. Así se desprende con claridad suficiente de lo que se dispone en los artículos 26 y 27 de la Ley de la Jurisdicción, siendo tal límite, además, consecuencia del dato normativo de que la impugnación directa de Reglamentos está sujeta a un plazo hábil para ello. Ha de haber, pues, una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a Derecho del acto de aplicación. Por tanto, en la llamada impugnación indirecta de Reglamentos no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria. Estas imputaciones de ilegalidad en abstracto, precisamente por respeto a aquel plazo, deben ser inadmitidas, desestimando, en consecuencia, la pretensión de declaración de nulidad de la norma”.*

Precisamente las alegaciones de vicios de forma se consideran impugnaciones en abstracto. En dicho sentido, y especialmente en materia de urbanismo, puede citarse la STS de 29 de Marzo de 2004 que dice que *“Pues bien, la intrascendencia de los primeros resulta de que se refieren a un eventual incumplimiento de un trámite en la elaboración de dichas disposiciones generales y sabido es que en la impugnación de carácter indirecto de disposiciones generales no caben alegaciones de vicios de nulidad por irregularidades de procedimiento o por defectos formales, según ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala (por todas y sólo por citar algunas de las más recientes, SSTS 26 de diciembre de 1998, 21 de diciembre de 2001 y 28 de mayo de 2002)”*

Recordemos que el defecto de motivación es un vicio de forma de la disposición o acto impugnado (vg. STS de 30 de Noviembre de 2011). En este sentido no sólo la amplia jurisprudencia que así lo declara en cualquier materia, sino también la propia sistemática de la ley (art. 54 LRJ- PAC, art. 35 L.39/2015) al regularla como un requisito del acto administrativo o la propia normativa de elaboración de los planes que exige este tipo de razonamientos como un contenido de trámites del procedimiento de elaboración de los mismos.

Por tanto la impugnación indirecta por dicho motivo, es decir, por la falta de motivación de la admisibilidad del uso complementario comercial en un sector con un uso mayoritario residencial no puede ser examinada en el presente procedimiento. Así, pese a que en las conclusiones se vuelve a señalar la contradicción del uso y la arbitrariedad de la actuación administrativa, la contradicción la pone de manifiesto con la motivación, es decir, se trataría de un defecto de motivación por incongruencia, lo que mantiene el carácter de vicio de forma, por muy grave que el mismo considere éste.

II) La impugnación por la infracción del régimen de usos.

Esta cuestión ya fue planteada en el PO 114/2016 y se considera que no hay motivo para cambiar la solución que allí se dio y que ahora se reitera:

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.II.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.II.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.II.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.II.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 simultáneo (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.

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 que ya se dejaron apuntadas en la sentencia anterior:

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) 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 en los esquemas de la propia demanda en que se aprecia la escasa distancia y anchura del vial que se instala para salir a la vía pública (página 7 de la demanda).

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, habiendo ratificado esta conclusión el propio funcionario que declaró en el acto de la vista.

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 a través del espacio libre señalado como forma de garantizar el acceso en tanto que las obras que requerirá la calle Membrilla se alargarán en el tiempo.

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.- 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.

6.7º.- Ahora bien, con independencia de que este hecho sea o no subsanable (se mantiene el mismo criterio que el PO 114/2016), como ya se adelantó en la sentencia anterior se considera que una licencia de funcionamiento, con la continuidad y permanencia como notas características de la misma, no puede beneficiarse de un terreno público sin título para ello. Las zonas verdes implican que las licencias que las desconozcan sean nulas conforme al art. 55 RDLeg 7/2015 y sus equivalentes en los textos anteriores y autonómicos. En tanto que esta cuestión se subsane mediante la utilización de cualquier otra vía o la legalización de dicho acceso, el uso del mismo supone desconocer la norma que sanciona con nulidad radical la licencia, se vuelve a decir, sin perjuicio de que pueda legalizarse nuevamente con un solo acceso, con ese mismo debidamente tramitado o con otro nuevo que se proyecte y ejecute.

Las previsiones de las zonas verdes para la protección del viario (art. 10.1.5.4 de las NNUU de Ciudad Real) no permiten el acceso rodado a través de la misma, pues los preceptos que señalan los demandados sólo se habla de acceso de peatones.

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.

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 la licencia (art. 71.1.a LJCA) de actividad hoy impugnada, desestimando la impugnación indirecta pretendida y con ello el planteamiento (en el momento procesal que fuera -oportuno) de la correspondiente cuestión de ilegalidad.

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. M^a 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. M^a 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 y descrita en el antecedente segundo de esta sentencia.

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: 00102/2020

Recurso Apelación núm. 375/2018

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 102

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 375/2018 del recurso de Apelación seguido a instancias del **EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL**, representado y asistido por el letrado don Julián Gómez-lobo Yanguas , frente a sentencia número 71/2018, de 23 de abril de 2018, recaída en procedimiento ordinario 56/2017, de los tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real, siendo parte apelada la mercantil **BRICORAMA IBERIA SL** que ha actuado bajo la representación procesal de la Procuradora doña Victoria Noa Aparicio, que igualmente presentó escrito de adhesión a la apelación, y la mercantil **AKI BRICOLAJE ESPAÑA SL**, que ha actuado bajo la representación procesal de la Procuradora doña María del Carmen Anguita Cañada, sobre URBANISMO; siendo ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Constantino Merino González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia número 71/2018, de 23 de abril de 2018, recaída en procedimiento ordinario 56/2017, de los tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real .

SEGUNDO.- El recurso de apelación se plantea por el AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, que solicita el dictado de sentencia que revoque la sentencia apelada, en cuanto a la legalidad del acceso por los motivos que se han expuesto en el presente recurso.

Una vez se dio traslado del indicado recurso de apelación, por la representación procesal de la mercantil BRICORAMA IBERIA SL se presentó escrito de oposición y adhesión al recurso de apelación. Respecto a esta última petición solicita el dictado de sentencia que anule y deje sin efecto la licencia de instalación y funcionamiento impugnada *en cuanto la misma se fundamenta en determinaciones del Plan Parcial que no se ajustan a derecho, concretamente el artículo 1.6 de la normativa urbanística que permite el uso global comercial en la manzana 5 de dicho Plan Parcial*; subsidiariamente se estime la adhesión de esta parte al recurso de apelación *“ anulando y dejando sin efecto la licencia de instalación y funcionamiento impugnada por infracción del régimen de usos previstos en el artículo 1.6 de la normativa urbanística del plan parcial ”*

Se ha presentado igualmente escrito por la representación procesal de la mercantil AKI BRICOLAJE ESPAÑA SL en el que manifiesta que a través del escrito presentado viene *“a adherirse al recurso de apelación interpuesto por el ayuntamiento de Ciudad Real”*. Solicita se tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, *“se tengan por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos procesales oportunos”*. Manifiesta que como parte con demandada en el procedimiento inicial coincide con todos los argumentos expuestos por el ayuntamiento demandado en lo relativo el fundamento de derecho sexto de la sentencia 71/2018.

Tercero. Del escrito de adhesión a la apelación presentado por la mercantil BRICORAMA IBERIA SL se dio nuevo traslado al ayuntamiento inicialmente apelante, que presentó escrito de oposición al mismo.

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 inadmisión 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 apela la sentencia número 71/2018, de 23 de abril de 2018, recaída en procedimiento ordinario 56/2017, 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 D^{ña}. M^a 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 y descrita en el antecedente segundo de esta sentencia.

2º.- No se hace imposición de costas.”

A efectos de clarificar el objeto y alcance del presente recurso de apelación, destacando también la diferencia -en lo que se refiere a concretos y específicos motivo de impugnación del recurso de apelación y del escrito de adhesión al mismo- respecto a la apelación tramitada como número 174/2018 (se apela sentencia dictada en procedimiento ordinario 114/2016 con las mismas partes), anticipamos que el ayuntamiento de Ciudad Real cuestiona a través de su recurso de apelación exclusivamente el fundamento de derecho SEXTO de la sentencia, bajo el epígrafe “*de la ocupación de una parcela destinada al espacio libre por el vial de acceso al centro comercial y su relevancia de cara a la licencia de obras*” . En base a ese fundamento de derecho se justifica el contenido del Fallo, que estima parcialmente el recurso contencioso administrativo declarando, en consecuencia, que “ANULO la licencia impugnada y descrita antecedente segundo de esta sentencia”.

Por su parte la mercantil BRICORAMA IBERIA SL pone de manifiesto que cuestiona los razonamientos de la sentencia que rechazan los motivos de impugnación que incorpora la demanda relativos a la impugnación indirecta de las determinaciones del Plan parcial del sector A-CALZ (fundamento de derecho QUINTO, apartado I de la sentencia); y a la infracción del régimen de usos por el planeamiento vigente (fundamento de derecho QUINTO, apartado II de la sentencia).

Poniendo en relación los motivos de impugnación que se plantean en este escrito de adhesión a la apelación con los alegados por la misma parte en el recurso de apelación 174/2018, en el que actuó como parte apelante, no se cuestionan en este caso otros razonamientos de la sentencia (que reproducen, por remisión, los razonamientos de la sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario 114/2016) . Concretamente los razonamientos de la sentencia que se exponen en el fundamento de derecho CUARTO (*sobre la tramitación separada y el pretendido fraude de ley*) . Respecto fundamento de derecho SEXTO, más concretamente, aquellos que rechazan la nulidad de la licencia por haber perdido la condición de solar la parcela por el hecho de no tener acceso por la calle Membrilla (en este caso apartado 6 del fundamento derecho sexto) ,aun cuando no los impugna directamente, si alude a ellos al oponerse a la apelación formulada por el Ayuntamiento .

Precisado lo anterior 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 el acuerdo de la *Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ciudad Real adoptado en sesión de 27 de junio de 2016, concedió a AKI BRICOLAJE ESPAÑA licencia de instalación y funcionamiento de edificio comercial (tienda de bricolaje) en la C/. Membrilla nº 21, Sector A-CALZ PARCELA 6.5, en la denominada "nave sin uso" que obtuvo licencia de obras el 25 de enero de 2016.*

El recurso contencioso administrativo deriva del PO 114/2016 seguido en este juzgado y en el que se acordó no acceder a la ampliación de su objeto al acto administrativo aquí enjuiciado, requiriendo su presentación por separado.

CUARTO.- Que en fecha de 3 de Abril de 2017 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 6 de Junio de 2017. Admitida por decreto de fecha de esa misma fecha, siendo contestada por escrito de fecha de 17 de Octubre de 2017 por la mercantil y en fecha de 1 de Septiembre de 2017 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, acuerde: PRIMERO.- Anular y dejar sin efecto alguno el citado acuerdo de 27 de junio de 2016; SEGUNDO.- Anular y dejar sin efecto alguno el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ciudad Real aquí impugnado, en cuanto el mismo aplica el art. 1.6 de las Normas Urbanísticas del Plan Parcial Sector A-CALZ, por no ajustarse a derecho dicho art. 1.6 de las Normas Urbanísticas al incorporar el uso comercial en la manzana 5, planteando al efecto ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha la cuestión de ilegalidad prevista en el art. 27.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción; TERCERO.- Imponer las costas de este procedimiento al Ayuntamiento demandado y a las partes que se opongan a esta demanda.

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, haciendo referencia a que el acuerdo fue adoptado en el mismo expediente que dio lugar al PO 114/2016 de este juzgado y que por tanto se va a basar en unos mismos fundamentos y hechos.

1.1.I) El demandante argumenta, en esencia, la nulidad de pleno derecho que supone abrir un vial por una zona verde, considerando que supone una infracción del planeamiento por un lado y por otra una infracción del régimen de bienes de dominio público, encubriendo una cesión del dominio público a la entidad hoy demandante.

1.1.II) Igualmente alega que el plan parcial que legitimaría el uso del suelo sería ilegal respecto del plan general en la medida que no respeta los usos del suelo en el mismo establecidos. Así considera que los usos del suelo son residenciales y que no pueden ser asumidos los usos comerciales que se señalan en el plan parcial porque un plan parcial no puede contradecir una norma superior y general de planeamiento. Considera que sería nula la licencia en la medida en la cual la memoria justificativa del plan parcial no motiva los usos complementarios establecidos como el comercial.

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) Se impugna también la licencia por considerar que la misma no tiene fundamento en un solar al no estar en condiciones el acceso por la calle Membrilla que sería el que debiera darle acceso.

Se plantea también la cuestión de la tramitación separada de las licencias, considerando que la tramitación debió de ser conjunta como se infiere de la ley y de su desarrollo reglamentario.

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 apreciaciones sobre la tramitación diferenciada de la licencia de obras y la licencia de funcionamiento o actividad.

Respecto de los accesos viene a recalca 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. Afirma que la parcela tiene carácter de solar y que por ello ningún tipo de prohibición u óbice existe.

Igualmente afirma que los usos compatibles no requieren que sean simultáneos, pues podrían ser conjuntos en el sector, lo que implica que no se trate de un uso ilegal.

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 (es lo que se puede ver en el remitente, exista o no tal órgano) 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 incendios 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 37 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 57 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), tal y como consta en el informe general sobre la solicitud.

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.- Entre los folios 90 a 92 aparece el contenido específico de la licencia aquí discutida en cuanto a la de instalación y actividad. En la misma se da cuenta de la reunión de la comisión de saneamiento del municipio y se exige una serie de documentación, calificando la actividad como molesta y acordando una visita de comprobación además de recordar la necesidad de cumplir con la legislación sectorial que resulte de aplicación, informe que es al base de la propuesta y de la resolución existente entre los folios 96 y 98.

3.9º.- Consta igualmente las solicitudes de los últimos certificados para la visita de comprobación previa al comienzo de las actividades, así como una serie de informes y certificados sobre el incremento de la superficie del porche de la tienda y de la obra ejecutada, que no suponen (f. 119) ninguna modificación de la normativa o de la licencia.

El fundamento de derecho CUARTO se ocupa de “*la tramitación separada y el pretendido fraude de ley*” . Como hemos adelantado no se extiende a ese fundamento la apelación ahora analizada.

SEGUNDO.

Centrándonos ya en los razonamientos de la sentencia que han sido cuestionados bien a través del recurso de apelación o bien a través de la adhesión a la apelación presentada por la mercantil BRICORAMA , son los que se exponen en los fundamentos de derecho QUINTO y SEXTO, que reproducimos de forma conjunta, aunque, como también hemos anticipado, el fundamento de derecho QUINTO se impugna por esta última mercantil y el fundamento de derecho SEXTO y las consecuencias que del mismo derivan se impugna por el ayuntamiento:

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

I) La impugnación indirecta del plan parcial.

En esencia el motivo de impugnación indirecta se basa en la ausencia de motivación del uso comercial como uso complementario en la manzana 5 del sector, reprochando incluso una actuación normativa del propio plan contraria a la memoria y la justificación de la propia normativa urbanística.

La impugnación de disposiciones generales puede ser directa o indirecta conforme al art. 26 LJCA que dice que 1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. 2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Es cierto que impugnación directa e impugnación indirecta no son equivalentes. Tienen importantes diferencias y la segunda es limitada y supeditada al acto aplicativo. En este sentido la STS de 13 de Noviembre de 2012 señala que “...Al respecto entendemos que la extensa argumentación del motivo no se ajusta a lo que puede ser objeto de una impugnación indirecta, pues esta no puede convertirse en un análisis plenario de la norma indirectamente impugnada en todos sus contenidos, sino que debe centrarse en el concreto contenido de la norma, determinante en su aplicación del contenido del acto impugnado. La impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado. (Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 6 de noviembre de 2009, R. Casación nº 4543/2005, F.D. 3º y Sentencia de la Sección Tercera de esta Sala de 25 de marzo de 2003, F.D.

Segundo, con cita en ella de la de la misma Sala y Sección de 10 de diciembre de 2002, R. de Casación 1345/2000 F.D. Quinto, por todas

Por tanto ni la falta de impugnación o alegación en el trámite de exposición al público de las normas reglamentarias conforme al art. 26.2 LJCA no es motivo para rechazar la impugnación indirecta ni puede llevar a la aplicación automática e incondicionada de la teoría de los actos propios porque el acto negativo del cual se hace depender el consentimiento se basa en la ficción legal de la notificación edictal, lo que hace imposible considerar el requisito de claridad e incontrovertibilidad de los actos para considerarlos contrarios a la buena fe.

Igualmente, la impugnación de la disposición general por vía indirecta no puede llevar a una ilimitada revisión de cualesquiera cuestiones relativas a la norma reglamentaria que aplica el acto, sino sólo de aquellas que tienen

relación directa con dicha aplicación. En este sentido la STS de 19 de Abril de 2012 cuando dice que "...Así lo dice la STS de 10 de diciembre de 2002 (Recurso directo 1345/2000): "Al impugnar un acto administrativo que hace aplicación de una norma reglamentaria cabe, ciertamente, impugnar también ésta, pero sólo en tanto en cuanto la ilegalidad de dicha norma sea causa, o una de las causas, en que se funda la imputación de la disconformidad a Derecho del acto recurrido. Así se desprende con claridad suficiente de lo que se dispone en los artículos 26 y 27 de la Ley de la Jurisdicción, siendo tal límite, además, consecuencia del dato normativo de que la impugnación directa de Reglamentos está sujeta a un plazo hábil para ello. Ha de haber, pues, una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a Derecho del acto de aplicación. Por tanto, en la llamada impugnación indirecta de Reglamentos no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria. Estas imputaciones de ilegalidad en abstracto, precisamente por respeto a aquel plazo, deben ser inadmitidas, desestimando, en consecuencia, la pretensión de declaración de nulidad de la norma".

Precisamente las alegaciones de vicios de forma se consideran impugnaciones en abstracto. En dicho sentido, y especialmente en materia de urbanismo, puede citarse la STS de 29 de Marzo de 2004 que dice que "Pues bien, la intrascendencia de los primeros resulta de que se refieren a un eventual incumplimiento de un trámite en la elaboración de dichas disposiciones generales y sabido es que en la impugnación de carácter indirecto de disposiciones generales no caben alegaciones de vicios de nulidad por irregularidades de procedimiento o por defectos formales, según ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala (por todas y sólo por citar algunas de las más recientes, SSTS 26 de diciembre de 1998, 21 de diciembre de 2001 y 28 de mayo de 2002)"

Recordemos que el defecto de motivación es un vicio de forma de la disposición o acto impugnado (vg. STS de 30 de Noviembre de 2011). En este sentido no sólo la amplia jurisprudencia que así lo declara en cualquier materia, sino también la propia sistemática de la ley (art. 54 LRJ- PAC, art. 35 L.39/2015) al regularla como un requisito del acto administrativo o la propia normativa de elaboración de los planes que exige este tipo de razonamientos como un contenido de trámites del procedimiento de elaboración de los mismos.

Por tanto la impugnación indirecta por dicho motivo, es decir, por la falta de motivación de la admisibilidad del uso complementario comercial en un sector con un uso mayoritario residencial no puede ser examinada en el presente procedimiento. Así, pese a que en las conclusiones se vuelve a señalar la contradicción del uso y la arbitrariedad de la actuación administrativa, la contradicción la pone de manifiesto con la motivación, es decir, se trataría de un defecto de motivación por incongruencia, lo que mantiene el carácter de vicio de forma, por muy grave que el mismo considere éste.

II) La impugnación por la infracción del régimen de usos.

Esta cuestión ya fue planteada en el PO 114/2016 y se considera que no hay motivo para cambiar la solución que allí se dio y que ahora se reitera:

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.II.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.II.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.II.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.II.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 simultáneo (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.

SEXO.- 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 que ya se dejaron apuntadas en la sentencia anterior:

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) 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 en los esquemas de la propia demanda en que se aprecia la escasa distancia y anchura del vial que se instala para salir a la vía pública (página 7 de la demanda).

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, habiendo ratificado esta conclusión el propio funcionario que declaró en el acto de la vista.

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 a través del espacio libre señalado como forma de garantizar el acceso en tanto que las obras que requerirá la calle Membrilla se alargarán en el tiempo.

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.- 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.

6.7º.- Ahora bien, con independencia de que este hecho sea o no subsanable (se mantiene el mismo criterio que el PO 114/2016), como ya se adelantó en la sentencia anterior se considera que una licencia de funcionamiento, con la continuidad y permanencia como notas características de la misma, no puede beneficiarse de un terreno público sin título para ello.

Las zonas verdes implican que las licencias que las desconozcan sean nulas conforme al art. 55 RDLeg 7/2015 y sus equivalentes en los textos anteriores y autonómicos. En tanto que esta cuestión se subsane mediante la utilización de cualquier otra vía o la legalización de dicho acceso, el uso del mismo supone desconocer la norma que sanciona con nulidad radical la licencia, se vuelve a decir, sin perjuicio de que pueda legalizarse nuevamente con un solo acceso, con ese mismo debidamente tramitado o con otro nuevo que se proyecte y ejecute.

Las previsiones de las zonas verdes para la protección del viario (art. 10.1.5.4 de las NNUU de Ciudad Real) no permiten el acceso rodado a través de la misma, pues los preceptos que señalan los demandados sólo se habla de acceso de peatones.

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.

Retomando la exacta delimitación del alcance del debate admisible en apelación precisamos lo siguiente:

El ayuntamiento apelante centra la impugnación de los razonamientos de la sentencia en lo expuesto en el fundamento de derecho SEXTO, y más concretamente en el apartado séptimo del mismo.

Por su parte de defensa de la mercantil BRICORAMA combate los razonamientos de la sentencia del fundamento de derecho QUINTO, apartado I (impugnación indirecta de planeamiento) y II (impugnación por infracción del régimen de usos). No mantiene los otros dos motivos de impugnación que si esgrimió frente a sentencia dictada en el procedimiento ordinario 114/2016: nulidad por tramitación separada de procedimientos administrativos y fraude de ley (que rechaza el fundamento de derecho CUARTO de la sentencia apelada remitiéndose a lo motivado en la anterior), ni tampoco el relativo a la pérdida de la condición de solar de la parcela, rechazado en aquella sentencia y que también se rechaza ampliando la motivación, en el apartado 6 del fundamento de derecho Sexto de la sentencia ahora apelada.

TERCERO.

Comenzando por la apelación planteada por el ayuntamiento de Ciudad Real, adelantamos que no puede ser estimada, compartiendo la sala los razonamientos que refleja el fundamento de derecho sexto, asumiendo, en parte, y literalmente, lo reflejado en la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 174/2018, con la notoria diferencia de que en aquel caso, tratándose de licencia de obras, se

concluía que resultaba aplicable artículo 64.2 de la ley 30/92, limitando el efecto de la declaración de nulidad de la indicada licencia única y exclusivamente a los accesos de la obra, manteniendo la vigencia del resto de elementos y contenido de la misma.

Lo razonado en la sentencia apelada a partir del apartado 6.6 es, precisamente, la diferencia entre la naturaleza y alcance de la licencia de obras y la licencia de funcionamiento, poniendo de manifiesto que esta última presenta notas características de continuidad y permanencia y que por ello no puede beneficiarse de un terreno público sin título para ello. Desarrolla este razonamiento en los párrafos siguientes, tal y como hemos reproducido, asumiendo que, en este caso, la nulidad de la licencia, en aplicación de lo previsto en el artículo 55 del RD legislativo 7/2015 y artículo 87 del decreto 34/2011 se impone en toda su extensión, destacando que la licencia de actividad implica un uso continuado ilegítimo del dominio público sobre el que tan ni siquiera se ha generado beneficio a la comunidad a través de un canon por su utilización.

Pues bien en recurso de apelación el ayuntamiento inicialmente demandado insiste en las circunstancias en las que se permitió el acceso, haciendo referencia a los informes favorables a esa salida de vehículos a través de la avenida de Leopoldo Calvo Sotelo, aludiendo a un tercer informe que destaca los problemas de estabilidad del firme que podrían comprometer la seguridad en la calle Membrilla, aludiendo después al punto noveno de la licencia de obras concedida.

Obviamente estos primeros argumentos en nada desvirtúan lo razonado en la sentencia pues se refieren, propiamente, a esa primera licencia de obras y no comprometen ni cuestionan lo motivado en la sentencia para diferenciar su alcance del propio de la licencia de actividad y, como consecuencia de ello, concluir sobre el alcance de la nulidad esta última.

En un segundo argumento mantiene que el uso de zonas verdes y espacios libres vendría regulado en el artículo 10 .1.5 de las normas urbanísticas del PGOU para afirmar después que *"dada la situación y condiciones particulares de la zona en cuestión se entiende que quedaría encuadrado en zona verde de protección del viario"*. Reproduce el contenido del artículo 10.5.4 que se refiere a los componentes de la zona de protección del viario para concluir que *"cabe señalar que la finalidad de protección ambiental del viario no se ve comprometida por este acceso de único sentido de circulación; así como tampoco se proyecta ningún tipo de edificación en dicha zona."*

Entendemos que, también de forma clara, esta mera afirmación no desvirtúa lo razonado en la sentencia en la que se ponía de manifiesto, en primer lugar 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. No refleja ni consta acreditado que el terreno quede encuadrado en zona verde de protección del viario. Pero en todo caso, y adicionalmente, lo que desde luego no resulta contradicho sino, al contrario, ratificado tras la lectura del contenido del artículo que cita el recurso de apelación es que: *"las previsiones de las zonas verdes para la protección del viario no permiten el acceso rodado a través de la misma, pues los preceptos que señala los demandados sólo se habla de acceso de peatones."* Sólo podemos reiterar que, efectivamente, cuando se hace referencia a los componentes de las zonas verdes de protección

del viario se refleja con el apartado primero: *paseos de uso exclusivo peatonal o de tránsito de bicicletas*” y no un acceso o vial para vehículos de motor, aunque sea de una sola dirección.

Finalmente mantiene también, a mayor abundamiento, que los accesos a parcelas a través de un sistema general de zona verde tienen un antecedente en otro sector distinto, en el que se ubica, entre otros, el centro comercial o la tienda de la recurrente, BRICORAMA , y que se le permitió el acceso por zona verde en base a informes que ponen de manifiesto que ello no supone ni la modificación de la ordenación detallada ni conlleva una modificación del plan parcial, ni se produce en consecuencia, modificación de uso de la parcela. Concluye destacando, por un lado, que si esa parcela se hubiera dividido en tantas parcelas como hubiera sido posible según el planeamiento, la mitad de ellas hubieran tenido que tener acceso no por una vía sino por un acceso de paso de vehículos público. Afirma al respecto que *“es importante establecer el carácter diferenciador de este acceso que no se constituye en vial y que asimismo ha debido ser sufragado por el solicitante de la licencia, sin que ello suponga que pase a ser el titular del terreno sobre el que se ubica dicho acceso; y por otro lado que la zona verde que nos ocupa tiene una superficie que representa únicamente un 1,32% del total de la parcela.*

Entendemos que tampoco estos argumentos desvirtúan los razonamientos de la sentencia, no dejando de resultar confuso determinar si se está defendiendo que era viable la creación de un vial o si por el contrario se trataba únicamente de un acceso que no se constituye en vial. En todo caso lo que resulta incuestionable es que, como ponía de manifiesto la sentencia, nos encontramos ante un uso que resulta contrario a lo previsto en el artículo 55 del RDL 7/2015 ,que lleva consigo un riesgo de consolidación de esa situación antijurídica (a diferencia de lo que sucedía con la licencia de obra) y que además no cuenta con procedimiento alguno que lo legitime o ampare y respecto del cual *“ni tan siquiera se ha generado beneficio a la comunidad a través de un canon por su utilización”.*

No desvirtúa ese razonamiento la mera afirmación de que se han autorizado accesos en términos semejantes en otros casos pues, por un lado, tampoco consta acreditada tal circunstancia (la sentencia, en el apartado 6.3 destaca que no se sabe exactamente qué situación jurídica tiene los diferentes usos que documentan las fotografías aportadas, ignorándose si han sido cedidos, modificados o son objeto de concesión etc. y la defensa de BRICORAMA rechaza expresamente) y, por otro, no cabría amparar esta situación en la aplicación el principio de igualdad respecto a otra u otras situaciones que, de concurrir idénticas circunstancias, serían ilegales .

Tampoco desvirtúa lo razonado en la sentencia - y entendemos que ha sido valorado en ella - el hecho de que el acceso suponga una ocupación limitada dadas las dimensiones de la parcela , pues, insistimos, esa circunstancia no elimina la ilegalidad del acceso, destacándose el aspecto relevante de que se trata de un uso continuado y con vocación de permanencia que, por esa circunstancia, aunque la superficie sea limitada, constituye una amenaza notoria para la protección de la zona verde, contraviniendo con ello el citado artículo 55 del RDL 7/2015, y sin procedimiento alguno que lo legitime o ampare ni generación de beneficio para la comunidad.

CUARTO.

Pasando ya a analizar los motivos de impugnación que incorpora la adhesión a la apelación presentada por la mercantil BRICORAMA IBÉRICA, cuestiona, en primer lugar, el apartado primero del fundamento de derecho QUINTO, que hemos transcrito, bajo el epígrafe "*impugnación indirecta del Plan Parcial*".

La parte vuelve a insistir en los argumentos que ya expuso en su demanda pero sin llegar a cuestionar los razonamientos por los cuales la sentencia concluye que no resulta admisible ese motivo de impugnación en el marco de la impugnación indirecta que plantea, basado, en definitiva, en la falta de motivación en el Plan Parcial aprobado de la admisibilidad del uso complementario comercial para esa parcela, en un sector con un uso mayoritario residencial.

Vuelve a destacar la parte lo que considera es una manifestación de arbitrariedad, pasándose en lo que, también en su consideración, constituye una contradicción entre la Memoria del Plan y los planos de ordenación con las normas urbanísticas que el propio Plan aprueba, en relación con la parcela número 5. Reitera que la Memoria prevé un uso residencial para esa parcela y que no existe superficie alguna previsto para usos comerciales, que tampoco prevén los planos de ordenación. Reproduce los razonamientos de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2013, para concluir que "*el artículo 1.6 de la normativa del Plan Parcial contradice la propia Memoria de éste, los Planos de Ordenación del Plan Parcial y los hechos determinantes constatados (y reconocidos por el propio sufrimiento) con motivo de la tramitación y concesión de esta licencia para el establecimiento comercial de AKI BRICOLAJE, y que por tanto el plan parcial no se ajusta a derecho en cuanto permite establecimientos comerciales en la manzana 5, razón por la cual esta parte, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26.1 LRJCA interesado en la declaración de nulidad de la licencia impugnada en cuanto la misma se fundamenta en estas determinaciones del plan que no se ajustan a derecho*".

Reiteramos que la sentencia aborda adecuadamente esta problemática, y por ello nos remitimos a los acertados razonamientos que incorpora, destacando que aprecia correctamente que no nos encontramos ante un supuesto de impugnación indirecta basado en que la norma aplicada, en este caso las normas urbanísticas del Plan Parcial, contravienen la LOTAU o normas reglamentarias que la desarrollan, ni tampoco otros instrumentos de ordenación territorial y urbanística de rango superior (artículo 14TRLOTAU), sino que lo mantenido es que existe una contradicción entre lo que refleja el Plan Parcial aprobado, respecto la parcela 5 y en cuanto a su uso comercial, con lo previsto en la Memoria del propio Plan y en los planos del mismo.

A mayor abundamiento, y a estos únicos efectos, destacamos que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2013 que se cita por la parte hace referencia que la Memoria debe contener una justificación suficiente sobre las determinaciones fundamentales que establece, exteriorizando las razones por las que adoptan las decisiones esenciales en el plan. Tal exigencia es plenamente coherente, cuando hace referencia a "determinación fundamental" o "decisiones esenciales del

planeamiento” con lo expresamente previsto en el artículo 30.5 del TRLOTAU conforme al cual corresponde el documento de normas urbanísticas, como documento incluido en el Plan, expresar “*los diferentes criterios y elementos definitorios de los usos y aprovechamientos correspondientes a cada solar o parcela....*”

Dicho lo anterior, examinado el contenido de la Memoria al que se refiere la parte inicialmente demandante -limitado a las parcelas 4, 5 y 6 - y también los planos del Plan Parcial no podemos concluir que exista esa incompatibilidad entre los términos de la Memoria, esos planos y las concreciones que realizan las normas urbanísticas del Plan Parcial finalmente aprobado que permita hablar de arbitrariedad y no de discrecionalidad. De entrada no se está permitiendo un uso prohibido, y que como tal aparezca en la Memoria, que es lo que sucede con el uso industrial, sino un uso declarado como compatible y que ni siquiera se mantiene por la parte que no se refleje como tal uso compatible para todo el Sector en la Memoria. Insistimos, su análisis se limita al contenido de la memoria respecto a esas tres parcelas a las que se refiere la documental aportada. Siguiendo con el razonamiento, del examen de ese documento, y de lo previsto no sólo para la parcela 5 sino también para las parcelas 4 y 6 , podemos entender que la memoria se limita a reflejar , para cada parcela, los usos globales previstos - residencial y dotacional , con sus distintas modalidades - sin previsión adicional sobre usos compatibles que si se reflejan en las normas urbanísticas del Plan. Eso mismo sucede en los planos de ordenación del Plan Parcial que igualmente reflejan, para cada parcela, los usos globalmente previstos, dotacional o residencial, con sus distintas modalidades. También en el documento aportado por la parte se aprecia esa circunstancia respecto a otras parcelas, incluidas las número 1, 2 y 3 . Así se establece , por lo demás, en las propias normas urbanísticas de planeamiento, en el artículo 1.5 que prevén que los planos establezcan las zonas de uso residencial y de usos dotacional, distinguiendo las correspondientes modalidades, no previéndose lo mismo para los usos compatibles, respecto de los cuales se opta por establecer limitaciones en el artículo 1.6 cuyo contenido se analizan el siguiente fundamento de derecho de la sentencia apelada.

SEXTO.

Se cuestiona igualmente por la defensa de la mercantil BRICORAMA el razonamiento que incorpora la sentencia de primera instancia en el fundamento de derecho QUINTO, apartado segundo, bajo el epígrafe “*la impugnación por infracción del régimen de usos*”. Lo que hace la sentencia es remitirse y reproducir lo razonado al respecto la sentencia dictada en el procedimiento 114/2016, respecto de la cual se planteó por la misma mercantil recurso de apelación que sido resuelto por esta misma Sala y Sección en sentencia dictada en recurso de apelación 174/2018.

Puesto que el argumento en el que se basa la impugnación viene a coincidir con el planteado en aquel recurso de apelación reproduciremos los razonamientos de la indicada sentencia dictada en el recurso de apelación 174/2018 reiterando que la parte sustenta su argumento en una lectura parcial e interesada del contenido de esas normas urbanísticas que, lógicamente, debe ser examinado e interpretado de forma sistemática y en su integridad. Mantenemos lo de razonado en los términos siguientes: “ *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. Reitera 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 la Memoria del Plan parcial refleja 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 previsión 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."

Con los razonado concluimos el análisis de la problemática a la que se extiende el recurso de apelación puesto que el escrito presentado por la mercantil AKI BRICOLAJE ESPAÑA SL, pesar de que manifiesta que formula oposición al recurso de apelación interpuesto por el ayuntamiento en realidad lo que viene es a asumir, de forma sintetizada, los mismos argumentos que plantea ese recurso de apelación.

SEPTIMO .

Conforme a lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habiéndose desestimado tanto la apelación como la adhesión a la apelación entendemos que no resulta procedente la condena en costas a ninguna de las partes, presentando, en todo caso, y como argumento adicional, la problemática planteada serias dudas que justificarían la no condena en costas a ninguna de las partes. (Artículo 139.2 LJCA)

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

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL frente a sentencia número 71/2018, de 23 de abril de 2018, recaída en procedimiento ordinario 56/2017, de los tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de

Ciudad Real, y también la adhesión a la apelación planteada por la mercantil BRICORAMA IBERIA SL, declarando la conformidad a derecho de la sentencia apelada.

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.