

## Resumen

*Desestimando el recurso de apelación planteado por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, el TS manifiesta que si el uso en cuestión está reglamentariamente "permitido" ha de prescindirse de la cuestión relativa a si es uso "tolerado", pues con toda evidencia la permisión implica de por sí la autorización del mismo, que no precisa para nada de la cobertura de una tolerancia.*

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	2

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### ADMINISTRACIÓN LOCAL

#### MUNICIPIOS

##### Atribuciones y competencias

##### Licencias municipales

##### Licencia de apertura

##### Denegación

##### Usos contrarios al plan o a la licencia de obra

##### Denegación improcedente

##### Deficiencias en la tramitación

##### Supuestos diversos

##### Licencia de obras

##### Cuestiones generales

##### Carácter reglado

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de apelación

En la villa de Madrid, a diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Visto el recurso de apelación interpuesto por la Gerencia Municipal de Urbanismo, representada por el Procurador D. Eduardo Morales Price, bajo la dirección de Letrado; siendo parte apelada D. Enrique, no personado en esta instancia; y estando promovido contra la sentencia dictada en 23 de diciembre de 1986 por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, en recurso sobre licencia de apertura para la actividad de Residencia Geriátrica.

Es Ponente el Excmo. Sr. D. Juan García Ramos Iturralde, Magistrado de esta Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La expresada Sala dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos: Que con estimación del recurso interpuesto en nombre de D. Enrique, declaramos disconforme a Derecho y por tanto anulamos la resolución del Concejal residente de la Junta Municipal del Distrito de Chamartín de 8 de junio de 1983, y la confirmación en alzada por la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Madrid, de 6 de agosto de 1983 que denegaron Licencia de Instalación, Apertura y Funcionamiento para la actividad de Residencia Geriátrica en Avenida ..., número ..., de esta Capital; en su lugar declaramos la concesión de dicha licencia, sin perjuicio de la comprobación y medias correctoras reglamentarias exigibles; sin costas".

SEGUNDO.- El anterior fallo se basa en los siguientes Fundamentos de Derecho:

"Primero.- En este recurso se impugna la resolución del Concejal Presidente del Distrito de Chamartín Ayuntamiento de Madrid, y la desestimación del recurso de alzada contra ella interpuesto, denegatorio de la Licencia de Instalación, Apertura y Funcionamiento

para la actividad de Residencia Geriátrica en el núm. ..., de Avenida ... en esta Capital, por lo que han de examinarse los fundamentos de tal denegación, en relación con la solicitud del interesado, expediente y fundamentación alegada en el recurso.

Segundo.- En primer término debe estudiarse la cuestión relativa del uso solicitado, y el informe técnico municipal indica que se trata de uso hotelero que está permitido, (condición 4.3105, categoría 4.ª que permite establecimientos hoteleros o residencias de superficie entre 201 metros cuadrados y 500 metros cuadrados, o de 11 a 25 camas); por consiguiente si el uso de esta reglamentariamente "permitido" ha de prescindirse del tema de si su uso "tolerado" conforme al artículo 265 también de la antes citada Ordenanza, pues con toda evidencia esa permisión implica de por sí misma la autorización del uso en cuestión, que no precisa para nada la cobertura de una tolerancia.

Tercero.- También se funda la denegación en la exigencia de un retranqueo de 20 metros a fachada y linderos que no se cumple, lo que en el recurso se niega por ser el edificio de construcción anterior a julio de 1974; a tal efecto conviene tener presente que al constituir la licencia, materia reglada a implicar su denegación una restricción al derecho subjetivo no basta con que se acredite la abstracta existencia de la norma que impone el retranqueo de la construcción del edificio sino que es menester que conste que exigibilidad, es decir que se acredite que por razón de la fecha de construcción de la obra tal retranqueo ya era exigible; concretamente que la terminación del edificio es de fecha posterior a julio de 1974. Como tal dato es el soporte básico de la exigibilidad de tal distancia de retranqueo, y como ese dato, además, consta o debe constar en la oficina correspondiente de la propia Administración Municipal que dictó el acto, quiere decirse que al no haberse acreditado aquí tal presupuesto o elemento integrante de la potestad administrativa, la motivación o fundamento del acto se desvanece, "máxime si se tiene que por razones de notoriedad es apreciable por la Sal que el edificio de que se trata es uno de los que integran una serie, conjunto o Colonia de chalés y la antigüedad de su construcción data de fecha anterior a la de 1974, por todo lo cual tal fundamentación del acto impugnado sobre esta materia ha de decaer".

Cuarto.- Que tampoco puede estimarse útil al efecto de la denegación de la licencia el que "en la memoria se describa una cocina sin que figure en planos la chimenea reglamentaria de evacuación de humos", pues por un lado ello suele ser motivo en su caso de la exigencia de la oportuna medida correctora (artículos 34 y 37 del Reglamento sobre actividades de 30 de noviembre de 1961), y por otro lado dicha deficiencia no cabe apreciarse sobre la exclusiva base burocrática de la Memoria, sí no atendiendo a lo que sea la realidad fáctica para apreciar si la ventilación directa de la cocina mediante ventana a patio interior, con extractor de humos, u otro sistema es o no adecuado. Aparte de ello, no resulta convincente la adjetivación como asilo en vez de como residencia, ni es operante la alusión a penosas realidades, que no están acreditadas ni sirvieron de fundamento al acto, como tampoco es eficaz la prodividad a no prestar las atenciones mínimas, que no menciona el acto impugnado y sus antecedentes, y que en cualquier caso puede encontrar su cauce en las medidas correctoras y comprobaciones que sean oportunas. 4.º A efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional no es de apreciar temeridad ni mala fe procesal".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso el presente recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, con emplazamiento de las partes para ante este Tribunal, verificándose dentro de término y, no estimándose necesaria la celebración de vista, presentó la parte apelante su escrito de alegaciones. Cuando correspondió por turno, se acordó señalar para la votación y fallo el día 4 de noviembre de 1988.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada.

PRIMERO.- Es objeto de las presentes actuaciones una licencia de instalación, apertura y funcionamiento para la actividad de Residencia Geriátrica en un determinado inmueble de esta Capital. Los actos administrativos impugnados denegaron la concesión de la referida licencia, actos que han sido considerados no conformes a Derecho por la sentencia impugnada, que ha declarado el derecho a la concesión de la indicada licencia, "sin perjuicio de la comprobación y medidas correctoras reglamentarias exigibles".

SEGUNDO.- La sentencia que nos ocupa ha sido apelada por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, que en su escrito de alegaciones hace referencia, como primer motivo de impugnación, a la fecha de construcción del edificio de que se trata. La Sala Territorial señaló que la construcción del referido edificio fue anterior a julio de 1974, lo que impedía fuera exigible un retranqueo de 20 metros a fachada y linderos, En el aludido escrito de alegaciones se admite que el edificio fue construido con anterioridad a 1974, pero se señala que aquél "se le dio el uso de vivienda unifamiliar" y que lo que "en el año 1983 se pretende es el cambio de uso de tal vivienda a Residencia Geriátrica", cuando ya están vigentes las nuevas Ordenanzas Municipales, y sí son de aplicación las disposiciones sobre retranqueos, reconociéndose "que es una interpretación restringida de los preceptos de las Ordenanzas Municipales".

TERCERO.- No pueden prosperar las alegaciones de la parte apelante que han quedado en el precedente fundamento, pues si bien es cierto que el recurrente reconoció que al edificio litigioso se le dio el uso de vivienda unifamiliar aislada, también lo es que con relación a dicho edificio según resulta de lo actuado, fue solicitada licencia provisional de apertura a nombre de un tercero para la actividad de Guardería Infantil, actividad que no consta no se ejerciese con anterioridad a 1974, lo que impide entender que para el otorgamiento de la licencia litigiosa sea un obstáculo lo dispuesto en el artículo 265 de las Ordenanzas Municipales de 1972.

CUARTO.- Por lo expuesto es visto que procede dictar un fallo confirmatorio del apelado, sin que se aprecien méritos para una especial imposición de costas.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, contra la sentencia, de fecha de 23 de diciembre de 1996, dictada por la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid en los autos de los que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia, y no hacemos expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Paulino Martín.- Francisco González.- Juan García Ramos. Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia, en audiencia pública, por el Excmo. Sr. D. Juan García Ramos Iturralde, Magistrado Ponente en estos autos; de lo que como Secretario, certifico. Evaristo Cabrera. Rubricado.