



Roj: **STSJ CLM 1345/2015 - ECLI: ES:TSJCLM:2015:1345**

Id Cendoj: **02003330012015100341**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2015**

Nº de Recurso: **240/2013**

Nº de Resolución: **113/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANTONIO RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

ALBACETE

SENTENCIA: 00113/2015

Recurso de Apelación nº 240/13

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Borrego López

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Mariano Montero Martínez

Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez González

Ilmo. Sr. D. José Antonio Fernández Buendía.

SENTENCIA Nº 113

En Albacete, a 20 de abril de dos mil quince.

Vistos por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el recurso de apelación interpuesto por la mercantil GESTIÓN FUNERARIA DE GUADALAJARA S.L., representado por la procuradora Sra. Aguado Simarro, contra la sentencia nº 37, de fecha 11 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº Uno de Guadalajara, en el procedimiento ordinario nº 131/2010, y como parte apelada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GUADALAJARA, representado por sus servicios jurídicos, LA ASOCIACION DE VECINOS RIO HENARES, representado por el procurador Sr. Ponce Riaza, la mercantil SERVICIOS FUNERARIOS NUESTRA SEÑORA DE LA ANTIGUA, representado por el procurador Sr. Gómez Ibáñez y la mercantil LEBRIFIR S.L., representada por la procuradora Sra. Gómez Ibáñez. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez González.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Dicho Juzgado dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: "*CON DESESTIMACIÓN DEL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRAMTIADO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº*



234/2010, interpuesto por la entidad mercantil GESTION FUNERARIOA DE GUADALAJARA S.L., representado/da por el /la Procurador/ra de los Tribunales don/doña María Teresa López Manrique, contra el Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, representado/da por el/la letrado/da Don/doña Miguel Ángel de la Torre Mora y contra da la entidad mercantil LEBRIFIR S.L., representado/da por el/la Procurador/ra de los Tribunales Don/Doña Eladia Ranera Ranera, contra Asociación de vecinos Río Henares, representado/da por el/la Procurador/ra de los Tribunales Don/doña Marta Martínez Gutiérrez, contra la entidad mercantil SERVICIOS FUNERARUOIS NUESTRA SEÑONARA DLA ANGIURFA S.A., representado/da por el/la Procurador/ra de los Tribunales Don/Doña Marta Martínez Gutiérrez y contra la resolución desestimatoria presunta de la autorización previa para la construcción y la apertura de tanatorio sin crematorio recaída en el expediente administrativo C 453 08 0062, DEBO ACORDAR Y ACUERDO que los actos administrativos recurridos son conformes a derecho, en relación con los extremos objeto de impugnación, por lo que los DEBO CONFIRMAR Y LO CONFIRMO en todos sus extremos y términos. SIN REALIZAR ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LAS COSTAS."

Segundo.- Notificada la resolución a las partes interesadas, la parte actora interpuso recurso de apelación dentro de plazo. Admitido a trámite por el Juzgado, se dio traslado a las partes demandadas para que hiciese alegaciones, trámite que cumplieron en legal forma.

Tercero.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, se formó el correspondiente rollo de apelación. No habiéndose solicitado por las partes personadas la celebración de vista, ni considerándose necesaria la misma por este Tribunal, se señaló para votación y fallo el día 16 de abril de 2014, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- La sentencia combatida procede a desestimar el recurso contencioso administrativo tras el análisis de la regulación que afecta a esta actividad clasificada, así como la doctrina jurisprudencial donde se define su naturaleza para alcanzar la conclusión de que nos encontramos ante una actividad de uso industrial incompatible con los usos reservados por el planeamiento urbanístico a la parcela donde se pretende establecer la actividad y en segundo lugar se rechaza la posibilidad de que se examine en el presente procedimiento la pretensión subsidiaria en orden a que se imponga al Ayuntamiento a devolver las cantidades que fueron exigidas para el pago de la tasa por concesión de licencias urbanísticas por importe de 4.904'20 euros, el ICIO por importe de 63.280 euros y la fianza de 7.740 euros, previa a la concesión de la licencia de obras, más intereses de demora por entender que se trata de una petición formulada "ex novo" sobre la que no ha podido pronunciarse la Administración.

La parte actora combate la sentencia por entender que existe un error en la valoración de la prueba practicada y falta de análisis de los motivos impugnatorios formulados. En este sentido se destaca que la doctrina relativa al carácter industrial de la actividad únicamente cabe apreciarse respecto de la actividad funeraria cuando lleva aparejada la existencia de crematorio, circunstancia que no concurre en el presente supuesto. Asimismo se indica que no existe ninguna incompatibilidad urbanística, alegando la existencia del actual tanatorio de Guadalajara se encuentra en una parcela en suelo urbano consolidado con un destino equivalente al de la parcela donde se pretende ejecutar la obra para desplegar la actividad cuya licencia se interesó. Por otro lado alega que se debe entender obtenido la licencia por silencio positivo, con arreglo a la normativa específica de aplicación y por último considera que la sentencia no realiza una aplicación adecuada del concepto de la desviación procesal y por último procede a alegar la vulneración del principio de inmediación.

Segundo.- Es consolidada doctrina jurisprudencial la relativa a que el Tribunal de Apelación no puede revisar de oficio los razonamientos y las resoluciones (sea Auto o Sentencia de Instancia) al margen de los motivos y consideraciones aducidas por el apelante como fundamento de su pretensión que requiere la individualización de los motivos que sirven de fundamento, a fin de que puedan examinarse los límites y en congruencia con los términos con que venga facilitada la pretensión revisora de la resolución de instancia. Lo cual es consustancial al entendimiento de que el recurso de apelación contencioso administrativo tiene exclusivamente por objeto depurar el resultado procesal contenido en la Instancia anterior, de tal modo que el escrito de alegaciones de la parte apelante ha de proceder a una crítica de la Sentencia apelada, que es lo que sirve de base y fundamento a la pretensión de sustitución de pronunciamiento recaído antes por otro diferente.

Tercero .- Entrando ya a analizar los motivos impugnatorios, debemos analizar en primer lugar el último de los alegados por la parte actora en la medida en que el mismo se trata de un motivo de carácter formal, destinado a poner de manifiesto la existencia de una indefensión derivada de la actuación procesal llevada a cabo por el juzgado de instancia. El motivo en los términos expuesto debe ser rechazado en la medida en que la alegación en orden a que la juzgadora que ha dictado la sentencia aquí analizada no fue la que estuvo presente con ocasión de la práctica de la prueba no ha sido trasladado al suplico de su pretensión en el escrito del recurso de

apelación. Esto es, si la parte entiende que la sentencia debió dictarse por quien era el juzgador en el momento de la celebración de la prueba, era preciso que así se solicitara con carácter principal en su petición y no interesar que esta Sala entre a conocer directamente de su pretensión.

Nos encontramos por tanto ante una defectuosa implementación del motivo impugnatorio determinante de sus desestimación, sin perjuicio además de recordar que la parte actora era consciente de la existencia del cambio en la titularidad del juzgado, sin que en momento alguno interesara que el dictado de la sentencia se realizara por otro magistrado.

Cuarto.- Entrando ya a conocer de los motivos de fondo planteados por la parte apelante, sin duda la cuestión fundamental es la de delimitar la naturalaza que debe atribuirse a la actividad funeraria sin crematorio. En este sentido la sentencia es ciertamente contundente a la hora de explicar los motivos por los que considera que debe merecer la condición de industrial, con cita de diversas sentencias. Ahora bien, ciertamente ese no ha sido el criterio seguido por esta Sala y Sección sobre el particular. En este punto debemos citar nuestra sentencia de fecha 23 de junio de 2014, (Ponente Domingo Zaballos) donde se indica:

Quinto.- La razón legal sobre el fondo cae del lado de los apelantes. El instrumento urbanístico vigente en Valdepeñas al tiempo de otorgar la licencia de actividad (y la de obras) no contiene previsión específica sobre si cabía o no en el Polígono 32, Avenida Estudiantes, el uso de tanatorio.

En la tesis de la demandante, que hizo suya la Sentencia apelada, se trata de una actividad incluida entre las industriales, más que sanitaria o religiosa, aunque en determinados aspectos participe de estas. Como quiera que en las NNSS de planeamiento a la sazón vigentes en Valdepeñas en el "P-32" se prohíben actividades de uso industrial (extremo acreditado por Certificación del Secretario General del Consistorio) no era dado el otorgamiento de la Sentencia.

Ello así -escrito de conclusiones de la apelada tras la prueba practicada en esta segunda instancia- el allanamiento tácito de la Administración al haber reconocido que en la nueva redacción del Decreto de Planeamiento General se haya introducido en el artículo 29.5 del POM dentro de las infraestructuras y servicios urbanos (DEIS) los "cementeros, crematorios, tanatorios".

Veamos. Al margen de que se invoquen Sentencias dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia, es lo cierto que esta misma Sala y Sección se ha manifestado al respecto en más de una Sentencia, que cuida en citar el Secretaria del Ayuntamiento de Valdepeñas, S. de 12 de julio de 2010 (LA LEY 134100/2010), Rec. 270/09, ponente Montero Martínez, sentencia dictada aplicando la Normativa Sectorial Castellano-Manchega el repetido Reglamento aprobado por Decreto 72/1999 tras su modificación por Decreto 175/2005. Y el criterio plasmado en tal sentencia haciendo compatible urbanísticamente el uso de tanatorio con el residencial ha de mantenerse aquí habida cuenta de que las NNSS de planeamiento a la sazón vigentes contemplaban como usos del suelo en donde se instaló el tanatorio litigioso el de residencial, comercial, hotelero, social, sanitario y asistencial.

No es cierto, por lo demás, que la expresa inclusión del uso "tanatorio" entre los expresamente permitidos por el instrumento de planeamiento general modificado viole la prescripción del Art. 103.4 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, pues como la propia parte apelada expresa, y resulta de la prueba practicada (informe de 3-1-2013 del Ingeniero Técnico Municipal y anuncio en el BOP de 8-6-2011) el POM fue aprobado por la Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Castilla-La Mancha -que no por el Ayuntamiento, al menos definitivamente- el 30-12-2010, antes de que hubiera recaído no ya Sentencia firme, sino ni siquiera la Sentencia de instancia. Además, como alega el Ayuntamiento apelante en sus conclusiones, que la Administración procede legítimamente a modificar el Planeamiento Urbanístico no tiene per se ningún efecto subrepticio como mantiene como mantiene la contraparte, sino otorgar seguridad jurídica, clarificando la propia omisión que el planeamiento mantenía.

Como puede observarse del contenido de esta sentencia, no puede procederse, en los términos contenidos en la sentencia ahora analizada, a rechazar de plano la compatibilidad urbanística de un actividad de tanatorio con la posibilidad de que se pueda implantar en zonas que tiene reconocidos unos usos distintos del industrial, siendo así que el problema a resolver es delimitar en cada caso si la ubicación elegida para llevar a cabo esta actividad goza de la adecuada compatibilidad.

En el presente caso los usos característicos atribuidos a la parcela donde se pretende realizar la actividad. En este sentido tras analizar las alegaciones de las partes, el Tribunal considera plenamente acertado el primero de los fundamentos jurídicos contenidos en el escrito de oposición a la apelación donde se proceda a examinar de modo pormenorizado de la ordenanza; relativa a Edificación para usos terciarios y comerciales. Grado 2º. Ciertamente la actividad funeraria sin crematorio ciertamente se enmarca en el ámbito de los usos terciarios, pero ello no impide que la ordenación urbanística pueda realizar restricciones concretas a los concretos usos permitidos, siendo lo cierto que en el presente caso el Tribunal comparte la idea de que la delimitación



que se realiza del uso terciario en su categoría tercera al uso de oficinas no parece ser el adecuado a la hora de entender que resulta susceptible de englobar la labor de funeraria, sien que tampoco resulte posible encuadrarse en ninguna del resto de usos comerciales, en base a las diversas categorías recogidas. Asimismo resulta relevante la circunstancia de que la definición de Grado 2 en modo alguno supone una menor restricción que la catalogación de grado 1, por cuanto tales aspectos afectan al ámbito al que se destinan los servicios, estando previsto para la parcela en cuestión un uso centralizado en un barrio o unidad de la ciudad, a diferencia de su catalogación como grado 1, que tiene por objeto servicios generales para todo el municipio.

La parte apelante alega la existencia de un trato injusto por parte de la administración a la hora de negar la licencia urbanística, sobre la base de que el tanatorio existente también se encuentra situado en una parcela cuyo uso es el terciario, pero tal circunstancia no puede ser utilizada a favor de la parte actora en la medida en que el análisis de la legalidad urbanística solamente puede realizarse de modo individualizado, sin que pueda pretenderse la existencia de una comparación con otra situación equivalente. No corresponde a la Sala entrar a conocer sobre la legalidad de la ubicación del tanatorio existente en la localidad de Guadalajara, por cuanto esa cuestión excede del ámbito de la apelación planteada.

Quinto.- Sobre la base del contenido del fundamento precedente, debemos analizar la cuestión relativa a la posible concesión de la licencia por silencio positivo, y en torno a este particular el pronunciamiento de la Sala no puede ser otro que negar tal posibilidad. En este sentido debe señalarse que sin perjuicio de que exista un procedimiento destinado a delimitar de forma clara los supuestos en los que puede entenderse concedido la licencia de actividad en el ámbito funerario, con arreglo a la normativa específica reguladora de la materia, debe señalarse que la licencia urbanística se constituye en el presente caso en un "prius", siendo lo cierto que una vez alcanzada la conclusión de que no existe compatibilidad entre el destino previsto en el planeamiento para el uso de la parcela y la actividad cuya licencia intenta obtener la parte, lo cierto es que debe excluirse de plano la opción de que esa licencia pueda llegar a obtenerse por silencio positivo.

En este sentido resulta oportuno la cita de la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 , dictada en interés de Ley , donde se contiene la siguiente doctrina legal: *el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b) , último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.* Doctrina que a su vez ha permitido interpretar la regulación sobre licencias en la LOTAU, manteniendo el criterio de que no puede obtenerse por silencio positivo aquellas licencias en las que no se cumpla la ordenación urbanística.

Sexto. Excluida la posibilidad de estimar la pretensión principal, debemos ahora examinar el rechazo que efectúa la sentencia respecto a la pretensión subsidiaria articula por al entidad actora en orden a obtener la devolución de diversas cantidades abonadas a su instancia con ocasión de su actuación en ordena poner en marcha la actividad funeraria. La sentencia rechaza la posibilidad de estudiar la viabilidad de la pretensión sobre la base de existir un supuesto de desviación procesal, en la medida en que la pretensión subsidiaria no tiene su fundamento en la desestimación de la correlativa petición en sede administrativa.

En torno a este particular la Sala se posiciona claramente con el apelante a la hora de entender que ese motivo para rechazar la petición no es sostenible, sobre al base de las circunstancias concretas en las que se articula la pretensión. En este sentido resulta importante destacar que la posibilidad de exigir que la parte haya articulado la petición en sede administrativa tiene que basarse en que fuera para la parte posible que se dictara un pronunciamiento a su favor. Por el contrario en este caso la parte interesa en su petición la concesión de licencia sobre la que no se dicta pronunciamiento expreso por el Ayuntamiento de Guadalajara, planteándose por tanto la pretensión sobre la desestimación presunta, es por ello que debe admitirse que se pueda examinar directamente en sede jurisdiccional todas aquellas pretensiones que tengan una relación inmediata con la resolución no dictada y que en principio deberían integrar parte de la misma.

Pasando a examinar los tres conceptos reclamados es preciso distinguir entre la tasa para la concesión de licencia urbanística, tasa cuyo objetivo es atender a los gastos que se derivan de la tramitación de la solicitud, siendo por ello que la denegación de la misma no puede comportar la devolución. En segundo lugar se interesa el abono del ICIO, en este caso nos encontramos con una cuestión que excede de la posibilidad de pronunciamiento, siendo por ello que la parte debe interesar en su caso una petición expresa de devolución de ingresos indebidos, si no ha surgido el hecho imponible y por último debe accederse a la devolución de la fianza, por cuanto la negativa a la misma es evidente que debe comportar la devolución de las suma consignada, por



la cuantía de 7.740 euros, cantidad que se incrementará con el interés legal desde la fecha de interposición del recurso contencioso administrativo, por ser el primer momento de su reclamación.

Séptimo, En materia de costas, la estimación parcial del recurso determina, de conformidad con lo prevenido en el artículo 139.2 de la LJCA , que no resulte oportuno efectuar una especial imposición de las costas causadas en este recurso.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

Que **ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de GESTIÓN FUNERARIA DE GUADALAJARA S.L contra la sentencia nº 37, de fecha 11 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° Uno de Guadalajara , en el procedimiento ordinario nº 131/2010, en el procedimiento abreviado nº 415/2012, **la cual revocamos** , y en su virtud se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto en el único aspecto de acordar la obligación del Ayuntamiento de Guadalajara de devolver la suma de 7.740 euros consignada por la parte actora en concepto de fianza previa a la concesión de la licencia de obras, cantidad que se incrementará con el interés legal desde la fecha de interposición del recurso contencioso administrativo, rechazando el resto de sus pedimentos y sin especial imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación literal a los autos originales y la que se notificará con expresión de que contra ella no cabe recurso ordinario, la pronunciamos, mandamos y firmamos.