

Recurso:

P. Ordinario 104/07

AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El Letrado del Excmo. Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, comparece en el recurso de referencia y D I C E:

Que se le ha notificado la sentencia recaída en los autos de referencia, y como quiera que esta no la considera ajustada a derecho, y ello sea dicho en términos de estricta defensa, es por lo que en tiempo y forma interpone contra la misma **RECURSO DE APELACIÓN**, basando el mismo en los siguientes:

MOTIVOS

PRIMERO.-

Esta parte considera que no solo ha existido un error de hecho en la apreciación de las pruebas por parte del Juzgador a “quod”, sino también una aplicación indebida de norma legal. Partiendo de esto tenemos que si bien el recurso es parcialmente estimado, dado que si nos atenemos a la demanda, se interesa la Nulidad de la Licencia de Obra otorgada por este Excmo. Ayuntamiento para la construcción de unos aparcamientos subterráneos, así como la instalación de estructuras.

Según la Sentencia recurrida, la mencionada licencia es Nula parcialmente, dado que si bien la ocupación bajo rasante (aparcamientos) se ajusta a la legalidad, no así lo autorizado en superficie (estructuras para instalaciones de locales), y ello por tres razones:

1º.- Por estar agotada la superficie permitida para ocupación de Parque.

2º.- Porque los usos no están permitidos

3º.- Porque la altura autorizada, no se ajusta a la previsiones del Plan de Ordenación Urbana.

Pues bien entendemos que estas tres razones, dadas no se ajustan a Derecho amen de evidenciar un claro error en la practica de la prueba. Y asi tenemos que:

1º.- En cuanto al supuesto agostamiento de la superficie.-

Efectivamente tenemos, que el artículo 165 del PGOU, establece que la ocupación total del Parque con instalaciones o construcciones, no puede ocupar mas del 2% de la superficie total del “Parque Princesa Sofia”. Dos cuestiones resuelve la sentencia, a nuestro Juicio erróneamente, la primera la determinación de la superficie y la segunda la ocupación.

a) En cuanto a la primera cuestión, indicar que se somete a debate cual debe ser la superficie del Parque a efecto de cálculo del 2%. Y así frente a la hipótesis que mantiene el recurrente de considerar que el mismo mide 183.000 metros cuadrados (de acuerdo con lo que dice el PGOU), este Ayuntamiento mantiene que son 207.000 metros cuadrados. Pues bien indica la meritada resolución, con acierto que será la “...que resulte de una correcta medición de la superficie”, estamos de acuerdo, y he aquí que el Juzgador de Instancia comete un primer error en la valoración de la prueba, y es que en el acto de Juicio, y en calidad de testigo, comparece D. Carlos Prado, el cual fue contundente en su manifestación al reconocer que MIDIO LA SUPERFICIE DEL PARQUE y que esta era la de 207.000 metros cuadrados. En sentencia nada se recoge sobre este punto, cometiendo por tanto un grave error en la apreciación de la prueba, esta claro que de acuerdo con el propio planteamiento de la sentencia, la superficie a computar no son los 183.000 metros cuadrados, sino los 207.000 metros cuadrados, medidos por el topógrafo Municipal D. Carlos Prado que declara como testigo en los autos y su declaración al parecer no es para nada tomada en cuenta.-

Pero en segundo lugar, la sentencia especula, al tomar como superficie la de 183.000 metros cuadrados, cuando dice que “pues puede ocurrir que parte de la finca inscrita o inventariada no esté calificada como parque urbano, sino como vial, como puede deducirse del plano aportado....”, Así las cosas, tenemos que la Sentencia infringe preceptos legales, en concreto el valor que hay que dar al documento Publico (art. 319 de la L.E. Civil aplicable supletoriamente), que no es otro que: PRUEBA PLENA DE HECHO, a la vista de ello, la certificación emitida por el Secretario del Ayuntamiento, comprensiva de la superficie del Parque Princesa Sofia es claro, pero es mas el Registro de la Propiedad, corrobora esta tesis (superficie del Parque Sofia 207.000 metros cuadrados), siendo claro a este respecto lo establecido en el art. 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, que vuelve sobre lo mismo, el Registro tiene presunción de veracidad, solo cabe prueba en contrario.

Atendido estos dos preceptos (art. 319 de la LEC sobre el valor de los documentos Públicos y art. 24-38 de la LH sobre la presunción de veracidad de los asientos registrales), que entendemos vulnerados en sentencia, esta parte considera que ha existido una aplicación indebida de precepto legal.

Atendido lo anterior, la superficie del Parque Princesa Sofia debe ser 207.000 metros y no 183.000 metros .-

b) La segunda cuestión planteada a este respecto, es la relativa a lo elementos que han de computarse a efectos de ocupación, esta parte, considera que el Juzgador de Instancia, vuelve a cometer un error en la apreciación de la prueba. Dato a tener en cuenta, es que computa como ocupación la que lleva a cabo la entidad Mcdonall's, al entender que la superficie de este establecimiento es de 3.725 metros, sin tener en cuenta el documento 12 de la contestación a la demanda, así como los documentos 12 a 16. En ellos, tenemos que por un lado se deja claro en documento público –certificación de Pleno emitida por el Secretario del Excmo. Ayuntamiento- que la superficie concedida a Mcdonall's, es de 819,39 metros cuadrados. Que esta superficie es la determinada en los planos que fueron redactados por el testigo D. Carlos Prado, que reconocer haber llevado a cabo las mediciones y que estas coinciden con la realidad.

Pero es mas, las superficies que se computa, es sobre lo ya construido, olvidando que el acto Administrativo impugnado es la Licencia de Obra, la cual es concedida sobre un proyecto que es el analizado por los técnicos Municipales para el otorgamiento de la misma. Que este proyecto se basa en los 819,39 metros concedidos y no en otra superficie superior.

A nuestro Juicio y atendida estas circunstancias, consideramos que ha existido un error en la apreciación de la prueba, dado que primero, la sentencia se basa en la construcción ya realizada y no en el proyecto, amén de que aun tomando lo ocupado por la entidad Mcdonall's, esta de acuerdo con las pruebas practicadas (planos y testifical de D. Carlos Prado) no superan los 819,39 metros cuadrados, siendo infundada la afirmación de que la ocupación de este establecimiento sea la de 3725 metros que se indica en esa resolución.-

2.- Sobre los usos permitidos.-

Entiende la sentencia dictada en autos, que el uso dado según la Licencia de obras a las instalaciones sobre rasante, son contrarias al Plan General de Ordenación Urbana, a estar estos

limitados según el artículo 165 y a la Orden Ministerial de 19 de junio de 1998, por la cual se amplían los usos del Parque Princesa Sofía, a que el uso sea:

- de interés público o al servicio del público.-
- No perjudiquen el uso y disfrute del parque.-
- Que los usos sean de carácter recreativo, cultural y ocio.-

Lo permitido en la licencia de obras no son locales comerciales como se dice en sentencia, sino estructuras desmontables, que la finalidad vendrá dada en un momento posterior cuando se otorguen las correspondientes autorizaciones administrativas para el desarrollo de la actividad. La licencia de obras no condiciona la actividad.

A este respecto el Juzgador de Instancia lleva a cabo una afirmación que solo podemos calificar como inaudita, al decir que “El uso comercial autorizado, mediante licencia municipal recurrida, FUE INFORMADO DESFAVORABLEMENTE por el propio informe jurídico previo a la licencia urbanística que obra en el expediente Administrativo.....” efectivamente en el expediente Administrativo obra el referido informe (doc. 16 – 17), pero no en los términos que se indica, dado que expresamente dice: “... La licencia de obra que se otorgue no puede, en ningún caso, autorizar el uso comercial o terciario de aquellas edificaciones...”, es decir dos datos, el primero es que este informe se emite el día 29 de junio de 2007, y el segundo dato es que hace alusión a una hipotética licencia de obra a conceder en un futuro, es decir a partir del día 29 de junio de 2007, con estos datos tenemos que con fecha 13 de noviembre de 2007 (folios 21 del expediente Administrativo) se dicta resolución por la cual se concede la licencia de primera ocupación, pero solo en cuanto a lo construido bajo rasante, no en cuanto a la zona superior, a la vista de que se trataban de instalaciones fijas y no estructuras desmontables. Pero es más, el propio redactor del informe, D. Cesar Escobar, declara en calidad de testigo en este pleito, y es claro en sus manifestaciones a decir que los fines para los cuales las estructuras desmontables que se ubicaran en la zona superior de los aparcamientos, y para la que se ha concedido la licencia de obra (no para lo que se construyó, contrario a Derecho y que ha dado lugar al Decreto por el cual se ha acordado su demolición) cumple perfectamente las especificaciones del Plan de Ordenación Urbana en cuanto a fines.

Es evidente el error en la apreciación de la prueba cometido por el Juzgador de Instancia, que no ha tenido para nada en cuenta la aclaración que D. Cesar Escobar lleva a cabo, amén de no

tener en cuenta el art. 16 del PGOU de La Linea que es donde se definen y describen los usos, no siendo incompatible un uso recreativo o de servicio publico con el fin lucrativo, piensese por ejemplo en una obra de teatro, o un partido de futbol, o simplemente un puesto de golosinas...., que son en definitiva los fines a los que ira destinado las estructuras móviles que la licencia de obra ha permitido.

3.- En cuanto a las especificaciones del PGOU, en concreto la Altura de las instalaciones.-

Como primera cuestión a plantear sobre este asunto, indicar –como esta parte ha hecho constar- que lo actualmente construido, ha sido requerida su demolición al tratarse de construcciones fijas y no desmontables como se establecía en el condicionado de la concesión. No obstante indicar que de acuerdo con las pruebas practicadas, testifical de Dña. Rosa Pérez y lo obrante en el expediente Administrativo –folio 13- la construcción en cuestión no superaba los 6 metros de altura, no habiéndose practicado prueba alguna en contra de ello.

Por otro lado, un dato muy importante a tener en cuenta es que lo impugnado no es otra cosa que la licencia de obras, otorgada en base a un proyecto. Lo construido no es objeto de debate –dado que puedo o no estar conforme al proyecto. En este caso, nos debemos atener solo al proyecto de obra que es el que ha servido a la Administración para otorgar la Licencia de Obra que es el objeto de este Recurso, así las cosas, tenemos que el recurrente en absoluto ha probado que en el proyecto exista algún referente a que las instalaciones sobre rasante tenga una altura superior a los seis metros.

Visto lo anterior, entendemos que el Juzgador de instancia, ha cometido un evidente error en la apreciación de la prueba, primero por referirse a las construcciones existentes, cuando debía hacerlo a lo proyectado, y en segundo lugar, cuando de las pruebas obrantes en autos, en concreto el expediente Administrativo (folio 13) y en segundo lugar de la declaración del testigo, se desprende todo lo contrario a lo afirmado en la fundamentación de la sentencia.

SEGUNDO.-

Así las cosa, esta parte entiende que el recurso que en su día se interpone debió ser rechazado de plano, debiendo haber sido la demanda contenciosa desestimada, a la vista de ello, este recurso debe ser estimado y la sentencia revocada.

Por lo expuesto:

A este Juzgado **S U P L I C A**, que tenga por presentado este escrito y por interpuesto en tiempo y forma el Recurso de Apelación contra la sentencia dictada en autos, acordando la remisión del procedimiento a la Sala que corresponda del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, y a

A la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, **S U P L I C A**: Que tenga por presentado este escrito, y en base a sus manifestaciones acuerde la estimación del recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Algeciras, revocando la misma en el sentido de desestimar la demanda interpuesta, Por ser todo ello de Justicia que respetuosamente pide en la ciudad de Algeciras, 10 de marzo de 2010.-