

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO. RESTAURANTE.

Modificación de actividad anterior procedente.

No sometimiento al régimen de distancias mínimas de ambas actividades.

Innecesariedad de cambio de titularidad cuando se solicita la modificación de licencia, fraude de ley inexistente.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En Zaragoza a 19 de abril de 2013, habiendo visto los presentes Autos el ILMO. SR. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez, con destino en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Zaragoza, en virtud del Auto de abstención dictado por el Juez titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1, de fecha 13 de diciembre de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente B.,S.L. representada por el Procurador D. D.S.V. y defendida por el Letrado D. J.H.G.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a S.S.S. y defendido por el Letrado de sus servicios jurídicos D. F.R.T.

Codemandado R.M.,S.A., representado por la Procurador D^a I.I.G. y asistido por la Letrado D^a D.R.S.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Acuerdo de fecha 2 de febrero de 2012 dictado por el Servicio de Disciplina Urbanística del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, en Expte nº 1218819/2011, por el que se otorga Licencia de Funcionamiento a R.M.,S.A. para la actividad de restaurante en calle Jerónimo Blancas, 2 de esta Ciudad.

TERCERO.- Procedimiento:

Interposición del recurso el 23 de mayo de 2012.

Demanda el 9 de julio de 2012.

Contestación a la demanda el 3 de octubre de 2012 y 13 de noviembre de 2012, respectivamente.

Con fecha 22 de noviembre de 2012 por el Magistrado Juez titular de este Juzgado, D. José Javier Oliván del Cacho, propuso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón su abstención del conocimiento del presente recurso, con suspensión del curso de los Autos.

Por la Sección Primera de dicha Sala con fecha 4 de diciembre de 2012 se estimó justificada la abstención.

Alzada la suspensión acordada se abrió el proceso a prueba el 11 de enero de 2013, practicándose la prueba interesada por las partes.

Conclusiones de la actora el 13 de marzo de 2013.

Conclusiones de las demandas el 2 y 3 de abril de 2013.

Concluso para Sentencia el 8 de abril de 2013.

CUARTO.- Cuantía:

Conforme con el Decreto dictado por la Sra. Secretario que fija la cuantía como indeterminada superior a 30.000,00 euros.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre el acuerdo de 2-2-2012 del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que concedió la licencia de funcionamiento a R.M.,S.A. para la actividad de restaurante en la calle Jerónimo Blancas 2.

Se alega que no consta la transmisión de la licencia de apertura, hoy funcionamiento, originaria.

SEGUNDO.- El pleito presente no es, en cuanto a los argumentos, sino una reiteración del PO 313/2011 Juzgado nº 2, del que es titular el juzgador que firma la presente Sentencia. En dicha Sentencia, de 11-6-2012, se formuló, respecto de la licencia urbanística y ambiental de actividad clasificada, la misma alegación, además de invocarse la infracción de la normativa sobre distancias mínimas y zonas saturadas.

Dicha sentencia, que fue desestimatoria y no se apeló, tenía el siguiente contenido: “SEGUNDO- Como breve resumen de los hechos, resulta que el local, Jerónimo Blancas, 2, aunque tenía entrada por el Coso, según interrogatorio del Ayuntamiento, tenía, desde 1985, licencia para elaboración y venta de helados. El 29-9-1995 fue incluido en zona saturada. Tras el fallecimiento, en 27-4-2008, de su titular, D. C.F.G., su madre, D^a C.G.V., heredera, vendió las licencias de instalación y apertura a los hermanos García de Parada, propietarios del local, quienes en 30-11-2010 transmitieron a R.M.S.A. las licencias, entidad que pidió la licencia urbanística y ambiental hoy impugnada, en concreto para el desarrollo de la actividad de restaurante, la cual obtuvo el 3-6-2011.

TERCERO.- La primera cuestión que se plantea es si resulta posible modificar la licencia que tenía, heladería, y si ello puede verse afectado bien por la declaración de zona saturada, bien por la OMDM. La OMDM y zonas saturadas para Actividades Reguladas en la Ley 11/2005, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobada por Pleno el 01.10.2010, publicada en BOPZ nº 249 de 29.10.2010, dice en su artículo 12, “**Art. 12 Ampliación o modificación de actividad, cambio de titularidad. 1. Los establecimientos sujetos a esta Ordenza y que estén en posesión de las correspondientes licencias municipales, podrán modificar o ampliar a otra u actividades del mismo epígrafe o a otros, previa obtención de las oportunas autorizaciones municipales. 2. En cualquier caso la modificación o ampliación de actividad, solo será posible si cumple el régimen de distancias que para dichos epígrafes establece el artículo 5, siguiendo las reglas establecidas en la presente Ordenanza**”. Por su parte, en el art. 17, lo siguiente: “**a) Con carácter general, prohibir el otorgamiento de licencias, urbanísticas y ambiental de actividad y de funcionamiento, para ejercer cualquiera de las actividades en los establecimientos enumerados en el artículo 3 de esta Ordenanza, en el ámbito geográfico de la zona saturada, tanto para implantar nuevas actividades como para legalizar, ampliar o modificar las existentes, salvo las excepciones que, a continuación se enumeran.**

a.1) Los establecimientos con actividades existentes en el momento de la declaración pertenecientes a los epígrafes **III.1** y **III.7** que carezcan, en este último caso, de equipo de música o dispongan de amenización musical hasta 75 dB (A) podrán legalizar, ampliar o **modificar** sus instalaciones y obras, así como adecuarse a las exigencias de la normativa de aplicación, previa obtención de las licencias oportunas. Se considerarán establecimientos existentes, además de los que se encuentran en funcionamiento, los que hayan obtenido licencia urbanística y, en su caso, ambiental de actividad clasificada, cuyas obras e instalaciones fueron ejecutadas o, no siéndolo, no haya operado declaración de caducidad de las mismas.” En este caso, estaba en el epígrafe III.1 del D 220/2006: “**III.1. BARES Y CAFETERIAS. Establecimientos que, con o sin cocina propia, se dediquen a servir bebidas y alimentos en general, para su consumo inmediato en su interior y en las terrazas o veladores que tengan autorizados, pudiendo contar con una ambientación musical que no emane de un equipo de música de los definidos en este Anexo (IV. Definiciones complementarias) y que en ningún caso podrá superar el límite**

acústico de 75 decibelios”, y se pidió III.7 *“III.7 RESTAURANTES Establecimientos con cocina especializados en servir comidas y bebidas en comedores interiores o terrazas y veladores habilitados al efecto, recogidas en carta o en menu del día, preparadas en sus propias instalaciones por sus empleados, pudiendo disponer de ambientación y amenización musical que no supere los límites acústicos que se establezcan en las pertinentes licencias de funcionamiento o determine la legislación sobre el ruido.”*

Por otro lado, no está sometida al régimen de distancias mínimas, según el art. 5 de la Ordenanza, ninguna de las dos actividades mencionadas: *“5.a) No existen distancias mínimas para los establecimientos de los epígrafes III.1 y III.7 siempre que el epígrafe III.7 carezca de equipo de música o de amenización musical hasta 75 dB (A)”*. Ello supone que, en definitiva, resulte irrelevante el cambio de actividad si es entre las mencionadas, estando permitido tanto el cambio de actividad, art 12, como el de instalaciones, art. 17.

Cierto es que se alega que este tipo de establecimientos que, suelen tener pantalla y equipo de música, pero ya se ve, según los preceptos transcritos, que ello no está prohibido, sino que dependerá de la potencia, correspondiendo el control del cumplimiento de tal límite a la licencia de funcionamiento. La de instalación o actividad sólo establece en qué condiciones se autoriza, y la de funcionamiento debe constatar que la instalación ya ejecutada se corresponde con la aprobada.

CUARTO.- En cuanto a que no se comunicó el cambio de la licencia, el mismo no es necesario, conforme al 18.2 de la Ley 11/2005, puesto que el mismo sólo se refiere a las licencias de funcionamiento. Tampoco es necesario conforme a la normativa municipal, puesto que, como informó la Dirección de Servicios de Gestión del Suelo, no es necesaria la comunicación de la transmisión de las licencias de instalación cuando ya se ha hecho la obra, cosa evidente en el caso de la heladería, pues se agotan en su ejecución, además de que ello en ningún caso tendría por qué ser un elemento invalidante y menos tener un efecto inhabilitante para obtener el cambio o modificación de licencia. **La finalidad de las comunicaciones es esencialmente la seguridad jurídica y el permitir el control por parte del Ayuntamiento de las cosas que le corresponde controlar siéndole irrelevante en términos generales quién es el titular, además de que en este caso el hecho de pedir la modificación de la licencia ya implica en sí la comunicación. (el subrayado es de esta sentencia).**

QUINTO.- En cuanto al fraude de ley, se alega que se habría pedido la modificación de la heladería para salvar la cuestión de las zonas saturadas, para a continuación montar, se supone que los mismos titulares, o al menos los transmitentes, otra heladería, pero tal alegación debe rechazarse en cuanto no se ha acreditado, ni tan siquiera se ha intentado, probar relación alguna entre cualquiera de los ahora interesados y los titulares de la nueva heladería, situada, además, en otro inmueble. Además, no se acaba de entender en qué consistiría el supuesto mecanismo fraudulento, pues en su caso lo que habría sería una “doble venta” de licencia, que plantearía cuestión de preferencias, si efectivamente se hubiese realizado tal acto, pero en ningún caso habría podido dar lugar a esa segunda licencia, en este caso por modificación, en cuanto el Ayuntamiento hubiese constatado que había dos nuevas licencias provenientes de misma licencia original.

En definitiva, y por todo lo anterior, procede desestimar en su totalidad el recurso.

SEXTO.- Dicho lo anterior, debe ser desestimada la demanda por tres motivos: no era necesaria la transmisión; la transmisión se realizó; la falta de la misma no tendría efecto invalidante, sino que tendría sus efectos en relación con la posible responsabilidad de los titulares.

1) Con relación a lo primero, estamos ante una licencia de funcionamiento, la cual, según la Ley 11/2005, tiene por objeto controlar el ajuste entre las licencias urbanística y ambiental y la obra realizada. Es decir, es una licencia directamente derivada de aquellas: *“1. Cuando el titular de las licencias mencionadas en el artículo anterior considere que ha cumplido con todos los requisitos establecidos en*

las mismas, solicitará la correspondiente licencia de funcionamiento, adjuntando a su solicitud una certificación del técnico director de las instalaciones u obras en la que se especifique la conformidad de las mismas a las licencias que las amparen, así como la eficacia de las medidas correctoras que se hubieran establecido. 2. En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud a que se refiere el número anterior, el Ayuntamiento, tras girar visita de inspección, otorgará o denegará, en su caso, la licencia de funcionamiento. Una vez transcurrido el señalado plazo sin que se haya resuelto lo pertinente de forma expresa, los solicitantes de la licencia podrán iniciar la actividad, pudiendo en todo caso el municipio proceder al cierre del local cuando el establecimiento no se ajuste a los requisitos establecidos en las licencias o difiera del proyecto presentado.” La consecuencia, en nuestro caso, es clara, si se pidió una nueva licencia urbanística y ambiental de actividad clasificada, debía necesariamente pedirse una nueva licencia de apertura o funcionamiento para ver si lo realizado se ajustaba a la misma, por lo que es irrelevante la existencia de una licencia de apertura anterior y si la misma se transmitió o no adecuadamente. De hecho, la licencia anterior era para venta de helados mientras que la presente es para restaurante, con lo cual aquélla ha perdido su sentido.

Además, en el punto G del interrogatorio del Ayuntamiento ya se dice que la hipotética falta de transmisión de la licencia puede ser salvada, incluso si no hay nueva licencia urbanística y de actividad, como fue el caso, solicitando una nueva licencia. En este caso, como ya se ha apuntado, en ningún momento se ha intentado hacer valer una licencia anterior, para venta de helados, sino que se pidió una nueva, para restaurante.

2) En segundo lugar, y como ya se dijo en la Sentencia anterior, puesto que lo que se busca es la seguridad jurídica y que el Ayuntamiento sepa con certeza quién es el titular, el mero hecho de pedir una nueva licencia de urbanística de actividad y luego de funcionamiento ya supone implícitamente comunicar la transmisión, que además en este caso, el de la de funcionamiento, le constaba al Ayuntamiento ya anteriormente por la solicitud de la de actividad. Y debe insistirse, el mero hecho de pedir una nueva licencia de actividad, o la modificación de la misma, exige pedir una nueva licencia de funcionamiento.

3) En tercer lugar, y como se dice en el interrogatorio respondido por el Ayuntamiento, punto F, la falta de comunicación no es constitutiva, sino que se tiene en cuenta a efectos de la responsabilidad en caso de producirse daños, conforme al art. 151.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Aragón D 347/2002.

Por todo lo anterior, procede desestimar en su totalidad el recurso.

SÉPTIMO.- Procede imponer las costas a la recurrente, sin que puedan exceder en ningún caso de 1.000 euros, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por B.,S.L. contra el acuerdo de 2-2-2012 del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que concedió la licencia de funcionamiento a R.M.S.A. para la actividad de restaurante en la calle Jerónimo Blancas 2, con imposición de costas a la recurrente, que no podrán exceder en ningún caso de 1.000 euros.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, el Ilmo. SR. D. Javier Albar García, Magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Zaragoza.