

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

CLAUSURA DE ACTIVIDAD. ÁRIDOS. PROCEDENCIA.

Improcedencia de caducidad expediente al tratarse de actividad clandestina.

Distinción con actos ilegales sujetos a prescripción donde se aplica.

Posibilidad de actuación Administración en cualquier momento.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA a veintisiete de mayo de dos mil ocho

El/La Sr/a D/ña JAVIER ALBAR GARCIA MAGISTRADO-JUEZ de Contencioso/Administrativo nº 2 de ZARAGOZA y su Partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 493/2007-BM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente H.S.L. representada por el Procurador SR. P. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por la procuradora SRA. C. y asistida de la Letrada DOÑA M. sobre CLAUSURA ACTIVIDAD DE MOLTURACION, LAVADO y CLASIFICACION DE GRAVAS DE EXTRACCION Y ARIDOS Y GRAVAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 25.10.07 se interpuso por H.S.L. recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa arriba referenciada.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en autos.

TERCERO.- Que mediante auto de fecha 29.02.08 se acordó fijar la cuantía del recurso en INDETERMINADA.

Por la parte actora se solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Por la parte demandada se solicitó el trámite de conclusiones.

CUARTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 18-9-2007 que ordenó requerir a la recurrente para que procediese a la clausura de la actividad de molturación, lavado y clasificación de gravas y de extracción, de áridos y gravas en Camino de Cogullada s/n.

Se alega infracción de las normas esenciales del procedimiento así como la pendencia de recursos judiciales contra la denegación de licencia.

SEGUNDO.- La actividad contó inicialmente con licencia de actividad

clasificada de molturación, lavado y clasificación de gravas. Carente de licencia de apertura o funcionamiento, se solicitó la misma, pero fue denegada por el Ayuntamiento por resolución de 12-4-2005 respecto de la actividad de molturación, lavado y clasificación. Se recurrió ante este mismo juzgado, siendo desestimado el recurso por sentencia de 2-5-2006, en el PO 276/2005, la cual está pendiente de apelación, todo ello en razón tanto de que se había cambiado la maquinaria que había sido objeto de la licencia inicial de actividad como por el hecho de que se estaba realizando una actividad de extracción de gravas, que no tenía licencia de clasificación. Posteriormente, se pretendió la legalización de esta última, la cual fue denegada el 17-1-2006, resolución confirmada el 19-4-2006. La misma fue recurrida, siendo también repartido el recurso a este Juzgado, PO 272/2006, que por sentencia de 1-3-2007 desestimó el recurso, al considerar que la legalización al amparo de determinada normativa de planeamiento se refiere a usos que, siendo legales, y cumpliendo ciertas condiciones, pueden subsistir pese a los cambios del planeamiento. Tal sentencia está también pendiente de apelación.

El 29-9-2006 se inició procedimiento, con previo trámite de audiencia, para el cierre de la actividad, al carecer de licencia. El 30-10-2006 se formularon alegaciones por la recurrente y el 18-9-2007 se dictó la resolución hoy recurrida, que dispone la clausura.

TERCERO- Con relación a la nulidad del acto por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, la recurrente lo concreta en que no se dictó la resolución en el plazo legalmente previsto, es decir, en la infracción del artículo 42, y sus concordantes, de la Ley 30/1992, pues habría tardado más de tres meses en dictar la resolución recurrida, con lo cual el procedimiento habría caducado, art 44.2.

Aun cuando los términos generales de la ley podrían conducir, en una interpretación plana de la norma, a considerar que es aplicable en estos casos la caducidad, hay que tener en cuenta que no todo acto de restablecimiento de la legalidad urbanística, por su propia naturaleza, puede entrar dentro de tal regla general, debiendo distinguirse entre aquellos actos que pretendan restablecer una legalidad que se conculca por medio de una actividad de forma permanente o continuada de aquellos en los que se consumó en un momento determinado la infracción. Así, en estos últimos, como pueda serlo una obra ilegal, es un hecho pasado el infractor, y el restablecimiento de la legalidad requiere un examen de si hubo realmente tal ilegalidad y si la misma ha prescrito o no, así como una actividad positiva de ejecución. En estos supuestos tiene pleno sentido la caducidad, pues es un procedimiento más con efectos gravosos en relación con una legalidad que si fue conculcada lo fue hace tiempo, y respecto de la cual el tiempo puede ser, a su vez, sanador. Por el contrario, cuando nos encontramos ante una actividad clandestina, que conculca día a día la legalidad, el aceptar la caducidad o bien carecería de sentido, puesto que, al ser clandestina, al día siguiente el Ayuntamiento, que ya conoce tal situación y ha oído a la parte, puede impedir la apertura, con lo cual no tendría ningún efecto, o, lo que sería inadmisibile desde el punto de vista del Derecho, permitiría a quien no tiene licencia abrir el local, una vez se ha constatado tal falta de licencia. Con relación a la primera parte de la disyuntiva, además, debe partirse de que, en puridad, desde el momento en el que la Policía Local pide la licencia y no se aporta, podría cerrar el establecimiento, al ser el titular del mismo al que le corresponda tal acreditación, sin perjuicio de la posterior audiencia y confirmación del cierre. En esa situación, podemos considerar contraria a la propia naturaleza del restablecimiento de la legalidad conculcada, cuando se trate de una actividad clandestina, la existencia de la caducidad.

Ante todo ello, y como hizo la STSJ de Madrid de 30-1-2001, hay que considerar que no es posible la caducidad en este concreto caso de cierre de una actividad clandestina. Así tal sentencia decía "*SEPTIMO.- Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1.992 EDJ 1992/10504 al no haber existido un control positivo previo de la Administración sobre la actividad de que se trata, basta para decretar la clausura, como tiene declarado reiterada jurisprudencia de la Sala con que se haya dado audiencia previa al interesado -salvo la existencia de peligro- y que se haya respetado el principio de proporcionalidad que establece el artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las*

Corporaciones Locales EDL 1955/46 y hoy el artículo 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril EDL 1985/8184. La necesidad de audiencia antes de acordar la clausura se deduce del juego de los artículos 33, 38 y 40 del Reglamento de Actividades de 30 de noviembre de 1.961 EDL 1961/63q. Concurriendo como concurren dichos requisitos el acto administrativo resulta correcto. Por ello la alegación de caducidad del expediente resulta intrascendente, al encontrarnos ante un procedimiento de restauración de la legalidad y no sancionador; la actuación municipal puede producirse en cualquier momento pues la actividad clandestina es permanente, y como quiera que la audiencia previa al interesado tiene como función la interdicción de la indefensión del administrado, puede concluirse que la orden de clausura ha de mantenerse, haya de mantenerse si se constata que la indefensión no se ha producido, hayan o no transcurrido los plazos de caducidad, puesto que sostener la tesis contraria sólo supondría acordar el archivo y a continuación dictar la orden de clausura, que sería válida en la medida que en que aún en el procedimiento caducado constaran datos para entender que se facilitó la audiencia del administrado. Por tanto el recurso ha de ser desestimado.”

Cierto es que hay algunas sentencias del TSJ de Aragón, 18-7-2000, 17-10-2002; que consideran que es aplicable la caducidad, pero hay que insistir en la diferencia entre la actividad clandestina, que supone un atentado continuo y permanente contra el derecho, no susceptible de prescripción, de aquellos actos que se consumaron, como por ejemplo la construcción ilegal, que están sujetos a prescripción y que por ello mismo pueden verse beneficiados por una caducidad que podría permitirles ganar tal prescripción.

Por otro lado, no ha habido indefensión, pues se alegó cuanto se tuvo por conveniente, ni tampoco el tiempo le ha perjudicado, sino todo lo contrario, pues lo cierto es que mientras se resolvía el expediente ha seguido teniendo la actividad en funcionamiento. Por ello, debe rechazarse tal alegación.

CUARTO.- Con relación a que está pendiente de resolución judicial, hay que tener en cuenta que una actividad se puede ejercer sólo cuando se tiene licencia, y su apertura antes de su obtención, bien se esté discutiendo en la vía administrativa, bien en la vía judicial, es clandestina. A ello se suma el hecho de que las resoluciones administrativas, art. 94 de la Ley 30/1992, son ejecutorias, sin que conste que existiese un autorización cautela provisional en los procedimientos mencionados. Por todo ello, el Ayuntamiento podía y debía proceder a la clausura, sin perjuicio de que se reconozca el derecho a la licencia en las sentencias de apelación.

Por todo ello, procede desestimar en su totalidad el recurso interpuesto.

QUINTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso interpuesto por H.S.L. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 18-9-2007 que ordenó requerir a la recurrente para que procediese a la clausura de la actividad de molturación, lavado y clasificación de gravas y de extracción de áridos y gravas en Camino de Cogullada s/n no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 300/2008. Sentencia de 09/10/2012

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

CLAUSURA DE ACTIVIDAD. ÁRIDOS.

Aplicación del plazo de 3 meses para resolver.

Caducidad existente.

Fallo: Estimación. Desfavorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza a 9 de octubre de 2012, habiendo visto los presentes autos la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ...

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Apelante "H.,S.L." representada por el Procurador D. E. y defendida por el Letrado D. J.

Apelado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a S. y defendido por la Letrado D^a M.

SEGUNDO.- Actuación administrativa recurrida:

Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 18 de septiembre de 2007 que desestimando las alegaciones presentadas por la actora, la requiere como titular de la actividad de extracción de arenas y gravas sita en Camino Cogullada, s/n para que proceda a la clausura de la actividad de molturación lavado y clasificación de gravas y extracción de áridos y gravas al no disponer de autorización municipal para el ejercicio de dichas actividades (exp. 555905/2006).

TERCERO.- Resumen y parte dispositiva de la resolución judicial recurrida:

1) La actora solicitó la legalización de su actividad que fue denegada por Resolución del Consejo de Gerencia de 12 de abril de 2005 que denegó la licencia de apertura para la actividad de extracción de arenas y gravas y por posterior Resolución del mismo órgano de 19 de abril de 2006 que desestimó recurso de reposición interpuesto contra Resolución de 17 de enero de 2006 que denegó la solicitud de legalización para fuera de ordenación (ambas sometidas a control judicial PO 276/2005 y 272/2006 del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Zaragoza).

2) A la vista de estas resoluciones se dicta por el Servicio de Disciplina Urbanística el 29 de septiembre de 2006, resolución por la que se acuerda dar trámite de audiencia a la actora previo a la clausura de la actividad, presentado el escrito de alegaciones se dicta el 18 de septiembre de 2007 el requerimiento de clausura que es notificado el 23 de octubre de 2007.

3) En la demanda se suscita la caducidad del expediente de restablecimiento de legalidad urbanística por el transcurso de más de tres meses entre el inicio del mismo su resolución y la existencia de recursos judiciales frente a la denegación de las licencias.

4) **Por la Sentencia objeto del recurso de apelación se desestima el recurso y se confirma el acto recurrido** razonando que cuando estamos en presencia de una orden de clausura de una actividad clandestina, no existe plazo de caducidad, a diferencia del supuesto de demolición de obras. Sin licencia no se puede llevar a cabo actividad alguna y siempre tiene acción la Administración para clausurar la misma. Cita en defensa de su alegato la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2001.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte apelante:

Revocar la Sentencia y anular la resolución objeto del recurso.

Resumen de los motivos del recurso de apelación.

En el recurso de apelación se entiende que la sentencia vulnera los arts. 42, 44, 47 y 62 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No existe diferencia en la norma y la interpretación determina el incumplimiento de los citados preceptos.

SEXTO.- Pretensiones de la parte apelada:

Confirmar la Sentencia objeto del recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Procedimiento:

Se admitió la apelación el 25 de junio de 2008.

Se señaló para votación y fallo el 27 de septiembre de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La caducidad en los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística en los que se acuerda la clausura o cierre del establecimiento sin licencia.

Como se ha indicado en la Sentencia apelada se sostiene con apoyo en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que no se aplica la caducidad procedimental de los arts. 42, 44, 47 de la Ley 30/92, a diferencia de otros supuestos como la paralización o demolición de obras ilegales.

Este Tribunal, que efectivamente como se dice en la Sentencia, no se había pronunciado concretamente sobre la cuestión, pues las Sentencias alegadas en demanda se refieren a supuestos de demolición de obras, considera a la vista del debate jurídico presentado que no es admisible la conclusión a la que llega el Juez en la Sentencia apelada.

Ha de recordarse que la caducidad de un procedimiento, es una garantía establecida en el art. 44.2 Ley 30/92, en la que se indica que en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92".

Aquí la ley aplicable al caso, por motivos temporales, que no es otra que la Ley Urbanística de Aragón 5/99 de 25 de marzo en sus arts. 196 y 197 no distingue entre restablecimiento de legalidad urbanística, respecto de usos y obras. Se trata del mismo procedimiento que con evidencia debe estar sometido al mismo plazo de caducidad y a su misma existencia. Si es una garantía del administrado, no estar sometido durante más de tres meses -si no hay plazo específico- a un procedimiento sancionador o perjudicial, la interpretación de la norma no puede ser restrictiva. Cuando además no hay base procedimental para sostener que puede haber procedimientos sin caducidad.

Todo ello cuando ni siquiera el TSJ de Madrid sigue sosteniendo lo que se indica en la Sentencia que sirve de apoyo a la apelada. En la Sentencia de la Sección Segunda de 10 de noviembre de 2011 (STSJ MAD 16516/2011), se sostiene lo contrario indicándose que:

Con relación a la concreta caducidad del procedimiento que tiene por objeto el cese y clausura de una actividad sin licencia:

También el procedimiento que tiene por objeto el cese y clausura de una actividad puede caducar. El artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción vigente y aplicable al supuesto presente señala que en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos «...» 2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, (entre los que se encuentran las órdenes de cese de actividad y clausura) se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.

Debe partirse de la base de que para adoptar dicha medida de cese de actividad se han observado las garantías procedimentales precisas toda vez que mediante resolución se acordó dar trámite de audiencia en el presente expediente. En estos supuestos como expresa la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1.992 basta para decretar la clausura, con que se haya dado audiencia previa al interesado salvo la existencia de peligro y que se haya respetado el principio de proporcionalidad que establece el artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y hoy el artículo 84.2 de la Ley 7/1985 de 2 abril.

En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92, si bien el artículo 92 apartado 3 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción. Y siendo imprescriptible la acción para acordar la clausura de las actividades no licenciadas la misma podrá acordarse por el Ayuntamiento de Madrid, en cualquier momento previa nueva audiencia del interesado.

En cuanto al plazo para resolver el Artículo 42.2 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción otorgada por la Ley 4/1999 de 13 de Enero establece que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto normativa comunitaria europea, añadiendo el apartado 3 que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán: a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

En el caso presente el expediente se inicia con el trámite de audiencia y concluye con la notificación de la orden de clausura.

El trámite de audiencia a considerar tiene fecha 21 de diciembre de 2005, y la notificación de la orden de clausura tiene fecha de 1 de marzo de 2006.

En el caso presente, dicho plazo de tres meses no ha transcurrido por lo que el expediente no se encuentra caducado.

A diferencia del supuesto visto en la Sala de Madrid, aquí ha transcurrido de forma sobrada el plazo de tres meses, por lo que la decisión no debió adoptarse. Debía archivar y reabrirse si no había prescripción como impone la norma.

Procede estimar el recurso de apelación, anular a sentencia y los actos recurridos.

SEGUNDO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LRJCA, al ser estimado en su totalidad el recurso de apelación no han de imponerse las costas a ninguna de las partes en el recurso.

FALLO

Estimar el presente Recurso de apelación.
Revocar la Sentencia apelada.

Anular la resolución administrativa objeto del recurso contencioso-administrativo.

No hacer expresa imposición de las costas del presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Hajar, D. Jesús María Arias Juana, D^a Isabel Zarzuela Ballester y D^a Nerea Juste Díez de Pinos de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.