

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DE CIERRE Y CLAUSURA. BAR-HAMBURGUESERÍA.

Ausencia de licencia de funcionamiento y de actividad.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a veintisiete de octubre 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 588/2007-AP seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D/ña. C.,S.L, representada por el Procurador Sr. M.G., bajo la dirección Letrada del Sr. B.P. y de otra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora Sra. C.A.y defendido por el Letrado Sr. G.P. sobre EJECUCION CIERRE LOCAL, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2007 se interpuso por C.,S.L. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, adoptado en sesión de 27.11.07, por el que, entre otros, se decreta el cierre y consiguiente clausura de la actividad de Bar-Hamburguesería denominada "B.H." sita en C/ Juan Carlos, titularidad de la mercantil C.,S.L., por carecer de la preceptiva licencia municipal (698.086/2006).

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 13 de mayo de 2008 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada, y previa petición de la actora, se recibió el pleito a prueba, proponiéndose los medios y practicándose los declarados pertinentes, con el resultado que obra en Autos.

CUARTO.- Que como trámite final del procedimiento, se acordó el de conclusiones escritas, constando en Autos los escritos presentados por ambas partes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 27-11-2007 que acordó ejecutar el acuerdo de 5-7-2007 que había ordenado el cierre del establecimiento B. en la calle Juan Carlos por carecer de licencia.

Se alega que se ordenó el cierre el 5-7-2007 cuando todavía había pendiente

un recurso de reposición contra la denegación de licencia y que dicha licencia fue finalmente concedida el 11-9-2007.

Por el Ayuntamiento se invoca inadmisión por recurrir un acto que es reiteración de otro anterior y firme.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento invoca la causa de inadmisión del art. 28 LJCA en relación con el 69.c, al no ser susceptible de recurso una resolución que no es sino reiteración de otra anterior no recurrida la de 5-7-2007, o mejor dicho, recurrida y de cuyo recurso, PO 351/2007 del Juzgado nº 3, se desistió el 17-10-2007.

Respecto de la causa de inadmisión, la misma está totalmente unida al fondo, ya que la parte recurrente considera que la de 5-7-2007 quedó anulada por la estimación del recurso contra la denegación de licencia. De este modo, si fue así, habría de admitirse el recurso y además estimarse el mismo. Por el contrario, si tal resolución no quedó totalmente afectada, debería inadmitirse el recurso, pues en caso de no haberse visto anulada la de 5-7-2007, querría decir que la de 27-11-2007 es simple reiteración de aquella, que habría devenido firme.

TERCERO.- Como hechos relevantes, tenemos que el 24-1-2006 se solicitó licencia urbanística de actividad sujeta a la Ley 11/2005. Tras diversos avatares, pues hubo requerimientos para la aportación de documentos diversos, se denegó la licencia el 14-6-2006, fol. 45, la cual fue recurrida en reposición, siendo estimado el recurso y concedida, el 11-9-2007, la licencia urbanística y de actividad clasificada sujeta a la Ley 11/2005, grupo I, en cuya condición 12º se decía que, una vez concluidas las obras, debería de solicitar la inspección para comprobar que las mismas se ajustan al proyecto aprobado y licencia otorgada (folio 63 y 63 del segundo expediente del Tomo 1).

Entre tanto, estando el local abierto, la actora había solicitado el 8-8-2006 que se tuviera por concedida la licencia por silencio positivo, expediente 70.408/06. Dicha petición fue denegada el 5-7-2007, ordenándose en la misma el cierre de la actividad.

Por otro lado, con fecha 2-1-2008 se pidió licencia de funcionamiento, denegada el 26-2-2008. A su vez, el 12-2-2008, en cumplimiento de la orden del Juzgado que era una medida de contracautela, se practicó, de forma favorable, la inspección antiincendios. Se reiteró la solicitud el 4-8-2008, lo que dio lugar al requerimiento de documentación, en concreto el certificado de mediciones acústicas, aportado el 8-5-2008, según la prueba de interrogatorio del Ayuntamiento.

La parte entiende que, puesto que se estimó el recurso de reposición contra la denegación de la licencia, ello haría decaer el acto posterior de orden de cierre de 5-7-2007, al basarse en una injustificada denegación de licencia, siendo también nulo el de 30-11-2007.

CUARTO.- Anteriormente, el RD 2816/1982 de 27 de agosto de Reglamento de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, en su art. 40.1 decía que para la apertura de todo local o recinto de nueva planta o reformado, destinado exclusiva o preferentemente a la presentación de espectáculos o a la realización de actividades recreativas, sería preciso que resolicitase y obtuviese, del Ayuntamiento del municipio de que se trate, la licencia correspondiente, por lo que no podía haber un establecimiento abierto que carezca de tal licencia. La misma, según el párrafo 3 del mismo precepto, tiene por objeto comprobar que la construcción o la reforma y las instalaciones se ajustan íntegramente a las previsiones del proyecto previamente aprobado por el Ayuntamiento al conceder las licencias de obra a que se refiere el art. 33 de este Reglamento especialmente en aquellos aspectos y elementos de los locales y de sus instalaciones que guarden relación directa con las medidas de seguridad, sanidad y comodidad de obligatoria aplicación a los mismos. Ello era un régimen paralelo, que también es aplicable, al del RAMINP, cuando se trate de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, y ésta lo es, en el que según el art. 34 la licencia de apertura tiene por objeto comprobar que se ajusta la licencia al proyecto presentado.

En el ordenamiento autonómico se regula tal cuestión en términos generales

en el D 347/2002, cuyo art. 158.4 prevé la autorización de la puesta en funcionamiento.

Finalmente, en la Ley 11/2005 se contiene la actual regulación, aplicable, según su art. 1 y 2.1.c a este establecimiento, que dice “*Artículo 17. Licencia municipal de funcionamiento*

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 previa comunicación a la Administración Municipal, 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.

3. En la resolución de concesión de la licencia de funcionamiento deberán constar: el nombre o razón social de los titulares, el emplazamiento y la denominación, aforo máximo permitido, la posesión, en su caso, de autorización para la instalación de terrazas y veladores, horario del establecimiento y la actividad o espectáculo a que se vaya a dedicar el local, sin perjuicio de la inclusión de cualquier otro dato que se considere oportuno.

4. El incumplimiento de los requisitos y condiciones en que fueron concedidas las licencias de funcionamiento determinará la suspensión cautelar de la actividad, que devendrá en revocación definitiva de las mismas si en el plazo máximo de tres meses, y a través del procedimiento correspondiente, el interesado no justifica el restablecimiento de los condicionamientos que justificaron su concesión”.

Todo ello tiene por objeto, evidentemente, garantizar la eficacia de las licencias de obra y de actividad, que se convertirían en papel mojado si después no se comprobaba, una vez concedidas, que se llevaba a cabo las obras o la actividad en los términos proyectados.

QUINTO.- Pues bien, en el caso presente, cuando se acordó el cierre el 5-7-2007, era evidente que faltaban las dos licencias, la de actividad, finalmente concedida el 11-9-2007, y la de puesta en funcionamiento, que no se solicitó hasta el 2-1-2008, siendo denegada y vuelta a pedir el 8-4-2008, sin que se haya obtenido todavía. Por tanto, resulta evidente que el 5-7-2007 faltaban las dos licencias, y aun cuando el 11-9-2007 se concediese la de actividad, la orden de cierre seguía teniendo su vigencia, puesto que para su validez bastaba con que subsistiese una de las dos causas de cierre, en este caso la licencia de puesta en funcionamiento o apertura, cuya carencia ha sido reconocida tácitamente por la propia recurrente, que ha solicitado, y por dos veces, la licencia citada.

Por todo ello, la resolución de 27-11-2007 era reiteración de la de 5-7-2007, por lo que debe de aplicarse la causa de inadmisión del art. 28 LJCA.

SEXTO.- La parte pretende que se declare de nuevo el silencio respecto de la puesta en funcionamiento, pero eso es imposible, procesalmente porque se inadmite el recurso, y sustantivamente por dos razones. Una es que se están juzgando actos anteriores a la propia solicitud de puesta en funcionamiento, y el carácter revisor de la Jurisdicción lo impide. El segundo es que, no habiendo recurrido la denegación de 28-2-2008, habiendo hecho nueva petición en 8-4-2008, se le requirió antes del transcurso del mes para que aportase documentación, como así hizo. Es cierto que podría entenderse que el art. 17 da un plazo para resolver de un mes, reiniciado, si se exige aportación de alguna documentación, cada vez que se cumpla con el requerimiento, en este caso transcurrido el mes desde el 5-5-2008, pero dicho precepto a lo que autoriza es a abrir, comunicándolo, sin que la Administración

pierda el derecho de cerrarlo si comprueba que no se ajusta a la licencia de actividad. En el caso presente está abierto por orden judicial como medida cautelar, y así seguirá si no se modifica la medida cautelar, con lo cual no tiene de momento sentido que se comunique dicha apertura.

No obstante, en el caso de que no hubiese mediado tal suspensión judicial del cierre, se estaría en el supuesto del 17.2, con lo cual el cierre por parte del Ayuntamiento sería posible en virtud del último inciso del art. 17.2 si hubiese una causa material de cierre, no la simple falta de licencia de funcionamiento (achacable al Ayuntamiento una vez transcurrido el plazo mencionado sin hacer nuevo requerimiento). Es decir, una vez transcurren los plazos, se da al titular un derecho de apertura, previa comunicación y sujeto al cierre en cualquier momento si se comprueba una causa material por no ajustarse a la licencia de actividad, en ningún caso por la falta del mero requisito de la licencia de funcionamiento, lo cual es una manera de invertir la carga de la prueba y de la actividad al Ayuntamiento, que se ve obligado, en situaciones de este tipo, a dejar su pasividad y a realizar una conducta activa, bien para conceder la licencia bien para proceder materialmente al cierre con base en el incumplimiento de los requisitos de las licencias o desviación en relación al proyecto aprobado.

SÉPTIMO.- 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 inadmitir e inadmito el recurso interpuesto por C.,S.L. contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 27-11-2007 que acordó ejecutar el acuerdo de 5-7-2007 que había ordenado el cierre del establecimiento B. en la calle Juan Carlos por carecer de licencia, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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