

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA FUNCIONAMIENTO ACTIVIDAD CLASIFICADA.

Concesión no ajustada a derecho al condicionarse a que se solicite nueva licencia urbanística.

Fallo: Estimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza, a 28 de enero de 2010, vistas las presentes actuaciones por Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez de este juzgado; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: D. J., en su propia defensa y representado por la Procuradora Sra. D^a I. y Comunidad de Propietarios del número 4, de la Calle, Carrera del Sábado, representada por el Procurador Sr. D. F. y defendido por el Letrado Sr. D. J.

Recurrido: Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Sra. D^a N. y defendido por la letrado Sra. D^a M.

Codemandado: R.,S.L., representado por la Procuradora Sra. D^a P. y defendida por el Letrado Sr. D. C.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Acuerdo de 19 de diciembre de 2006, del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Municipio de Zaragoza, por la que se concede a R.SL, autorización de puesta en funcionamiento de actividad clasificada para Centro Médico y de diagnóstico por la imagen (imagen por resonancia magnética, IRM) sito en la calle Carrera del Sábado, 4, local), posteriormente ampliada a la resolución de 20 de diciembre de 2007, por la que se da por cumplimentada la condición particular primera de la autorización de puesta en funcionamiento de actividad clasificada otorgada a R.S.L., y la condición particular segunda por la que se debía presentar un certificado emitido por técnico director de la instalación del sistema de resonancia abierta y visado por el correspondiente Colegio Oficial.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Por D. J., se solicita el dictado de una Sentencia por la que se estime íntegramente el recurso y se declare contrario a derecho y en consecuencia, nulo y se anule y deje sin efecto el acuerdo de 19 de diciembre de 2006, por el que se concedió la autorización de puesta en funcionamiento discutida. En cuanto a la ampliación a la resolución de 22 de enero de 2008, el recurrente solicita se declare contraria a Derecho, reiterando la petición de declaración de nulidad en los términos solicitados en la demanda inicial.

Por la Comunidad de Propietarios de la casa número 4, de la Calle Carrera del Sábado (Edificio Europa), de Zaragoza, se solicita el dictado de una Sentencia por la que se estime la demanda y declarando que el Ayuntamiento de Zaragoza no debió conceder la licencia de puesta en funcionamiento de actividad clasificada, objeto del recurso, y por ende, condenarle a revocar dicha resolución administrativa y cuantas se deriven o traigan causa de la misma, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada y a los coadyuvantes a la misma.

CUARTO.- Pretensiones de la parte demandada:

Por el Ayuntamiento de Zaragoza, se solicita se dicte Sentencia por la que se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por concurrir las causas señaladas en el Fundamento de Derecho 1, de la contestación la

demanda o en su defecto, se desestime en su integridad, efectuándose los mismos pedimentos en cuanto a la ampliación efectuada a la resolución de 22 de de 2008.

Por la codemandada S.L, se solicita el dictado de una Sentencia que declare la inadmisibilidad del recurso o subsidiariamente lo desestime en su integridad, efectuándose el mismo pedimento en cuanto a la resolución de 22 de enero de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mantiene el recurrente Sr.A., que:

1-la concesión de la licencia de puesta en funcionamiento es ilegal porque la legalización de las obras referidas a la estructura del edificio, que son modificaciones sustanciales no contempladas en el proyecto de obras para el que se concedió la licencia, debe ser previa a la apertura, a la puesta en funcionamiento, previa a la actividad (interpretación finalista, dice, del artículo 152 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras, de las entidades Locales aragonesas, aprobado por el Decreto 347/2002), en relación con el artículo 172 de la LUA (Ley 5/1999), y con el artículo 193 y concordantes de la Ley de Administración Local de Aragón (Ley 7/1999).

Entiende por ello que esta condición vulnera los preceptos reglamentarios y legales citados e incurre en vicio de anulabilidad del artículo 63 LRJAP y PAC.

2-que de la condición particular segunda, referida a la instalación del equipo de imagen por resonancia magnética nuclear, se colige que la Administración autorizante reconoce que no ha comprobado la correcta instalación del aparato de resonancia magnética con carácter previo a la autorización de funcionamiento.

3-las condiciones particulares 1ª y 2ª de la licencia, tienen la naturaleza de cláusulas accidentales de la autorización de carácter resolutorio, y el incumplimiento de la condición de legalizar la modificación sustancial referida a la estructura del local o del edificio en el plazo señalado de tres meses, determina la pérdida de la eficacia de la licencia otorgada, ya que el obligado ha impedido voluntariamente su cumplimiento (art.1119 Código Civil).

A su vez, la Comunidad de Propietarios, también recurrente, mantiene que:

1-Se han incumplido las condiciones de la licencia (1ª y 2ª) y las particulares 1 y 2, que se relacionan al final de la misma.

2-El Ayuntamiento va contra sus actos propios.

3-Vulneración de las ordenanzas Municipales de Edificación.

4-Vulneración de la normativa sobre ruidos y vibraciones.

5-Ley 14/86, sobre emisión de radiaciones.

6-Infracción del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

7-Vulneración del Código Civil.

8-Vulneración de la Ley de Propiedad Horizontal

9-Vulneración de preceptos constitucionales.

SEGUNDO.- Por su parte, el Ayuntamiento de Zaragoza mantiene que el recurrente Sr. A., no se personó en el procedimiento que concluyó con la resolución recurrida de 29 de diciembre de 2006 (como posible interesado), personándose en fecha 9 de marzo de 2007, es decir, cuando el expediente había concluido, finalizando el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2006, el 27 de febrero, puesto que la notificación efectuada al único interesado en el expediente, lo fue el 27 de diciembre de 2006. En el momento por tanto que dicho recurrente solicitó su personación, ya había concluido el expediente y había transcurrido el plazo de dos meses para interponer el recurso.

El recurso debe declararse inadmisibile de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 e) LJCA, en relación con el artículo 46.1 y 28, también de la LJCA.

La misma causa de inadmisión del recurso y por los mismos fundamentos (dice expresamente que el recurrente tuvo conocimiento como muy tarde del acto recurrido en fecha 19 de febrero de 2007), mantiene la codemandada R.SL.

TERCERO.- No hay constancia formal, de que el recurrente Sr. A., tuviese

conocimiento del contenido exacto de la autorización o licencia concedida hasta el día 17 de septiembre de 2007, momento éste en que el Ayuntamiento, notifica al misma copia de dicha concesión y de los informes de interés obrantes al expediente, todo ello en virtud de su personación y solicitud en fecha 9 de marzo de 2007. Sería entonces en ese momento en el que habría de fijarse el dies a quo del término para interponer el recurso contencioso-administrativo correspondiente en el plazo de 2 meses, de conformidad con lo que establece el artículo 46 LJCA, momento éste que en modo alguno habría transcurrido en el momento de la interposición del recurso (20 de abril de 2007). Por el contrario, ciertamente dicho plazo daría a entender que el recurrente tuvo conocimiento del acto que impugna previamente a la notificación formal y fehaciente del mismo en septiembre del reiterado año 2007, ahora bien, no existe otro dato, o constancia de conocimiento previo del acto impugnado por recurrente, previo a su propia personación en fecha 9 de marzo de 2007, y por tanto, habría de entenderse que como mucho, fue en ese momento el primero en el que el recurrente pudo tener conocimiento del acto, razones éstas que han de llevarnos a desestimar la causa de inadmisión planteada por demandada y codemandada, ya que en todo caso el recurso debería entenderse interpuesto dentro del plazo de 2 meses establecido por el artículo 46 LJCA, y por supuesto, dentro del plazo máximo de ejercicio de la acción pública, urbanística (acción ésta que en definitiva se está ejerciendo por el recurrente), razones todas éstas que han de llevarnos a la desestimación de la inadmisión planteada de conformidad con lo establecido en el anterior de los Fundamentos de Derecho de la presente.

CUARTO.- Ha de partirse de que en fecha 7 de mayo de 2008, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de los de Zaragoza, dictó Sentencia por la que desestimando el recurso interpuesto por los también aquí recurrentes, declaraba conforme a Derecho la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 14 de diciembre de 2005, por la que se concedía a la entidad R.S.L, licencia urbanística y de actividad clasificada para Centro Médico Especialista.

Tras ello, el Ayuntamiento de Zaragoza dictó resolución de fecha 19 de diciembre de 2006, concediendo a R.S.L. autorización de puesta en funcionamiento de actividad clasificada para Centro Médico y de Diagnóstico para la imagen en Carrera del Sábado número 4, que además de a otras condiciones, se sometía a las siguientes particulares, que en lo que aquí interesa consistían en:

1-A fin de legalizar la estructura de reparto de cargas realizada y reflejada en la documentación fin de obra, deberá solicitar la licencia urbanística en el improrrogable plazo de 3 meses.

2-Respecto a la instalación del Sistema de Resonancia Abierta y como ampliación de las medidas correctoras reflejadas en la Licencia Urbanística concedida, deberá presentar un certificado emitido por técnico director de la instalación, y Visado por el correspondiente Colegio Oficial, que justificará fehacientemente que la instalación de los aparatos de diagnóstico, se ha ejecutado según los datos y condiciones aportados por el fabricante y según lo previsto en el proyecto visado por el C.O.I. con fecha 8 de junio de 2005.

3-Las variaciones en la distribución realizadas durante el transcurso de las obras, respecto a los proyectos aprobados, se grafian en el plano "Fin de obra" visado por el C.O.A., con fecha 10 de octubre de 2006, en el cual se reflejan las modificaciones no sustanciales ejecutadas y los usos permitidos (respecto a la distribución).....

Tras ello, en fecha 22 de enero de 2008, se dictó resolución por el Consejo de Gerencia de Urbanismo, en el que se mantiene:

1-dar por cumplimentada la condición particular primera de la autorización de puesta en funcionamiento de la actividad clasificada otorgada, habida cuenta de que la interesada solicitó el 28 de febrero de 2007, licencia urbanística y de apertura, que se tramita en el expediente nº 230693/7.

2-dar igualmente por cumplimentada la condición particular segunda de la misma licencia, en virtud de la cual se debía presentar un certificado emitido en los términos más arriba expuestos, a la vista de la documentación presentada por la titular de la licencia en comparecencia de 3 de julio de 2007 y del informe favorable

del Servicio de Inspección municipal de 20 de noviembre de 2007, complementario de informe anterior de 8 de octubre de 2007.

QUINTO.- No está de más añadir, en orden a la clarificación del trámite administrativo a seguir en asuntos como el que nos ocupan (concesión de una licencia de apertura) que, aunque a veces se utiliza la expresión licencia de actividad como sinónimo de la de instalación para la actividad e incluso la de apertura o inicio de la actividad, lo cierto y averiguado es que, propiamente, según el Reglamento de actividades de 1961 (y de Servicios de 1955), debe denominarse licencia de instalación de una actividad a la autorización precisa para establecer o modificar una actividad calificada y mediante la cual, la Administración comprueba si el emplazamiento está autorizado por las ordenanzas (art 30.1) y si según el proyecto técnico que describe la actividad que se pretende establecer se neutralizaran las molestias, insalubridad o peligro previstos (art 29). Se atiende, pues, por la Administración a lo que en el proyecto redactado aparezca. La valoración o examen recae sobre un documento (el proyecto) en relación con la normativa aplicable. Sin embargo dicha licencia (la “de instalación para el ejercicio de una actividad”) no basta para que la actividad pueda comenzar a ejercerse, es decir, no basta para la apertura y funcionamiento de dicha actividad. A la autorización administrativa para la actividad pueda comenzar a ejercerse legítimamente, denominamos licencia apertura y funcionamiento, que, según el art. 34 del Reglamento de 1961 implica la previa comprobación administrativa técnica de que no existen deficiencias que sea necesario corregir para evitar el peligro, las molestias, nocividad o insalubridad. Según ha declarado el Tribunal Supremo (STS de 23 de marzo de 1993, 1631 EDJ 1993/2873, entre otras), “la licencia de apertura se concede precisamente para que se ejerza la actividad, con la diferencia que si hay, dentro del Reglamento de Actividades, entre la licencia para la instalación de la actividad (arts. 29 al 33 de dicho Reglamento) y la autorización de apertura para el ejercicio de la misma (art. 34 del propio Reglamento) que no se concede hasta después de haber comprobado la corrección de la instalación”. Debe tenerse en cuenta también que el Reglamento de actividades de 1961 en sus arts. 36 y siguientes prevé que en cualquier momento de la vida o desarrollo de la actividad se gire vista de inspección para comprobar el cumplimiento de las condiciones exigidas en la licencia, donde ha de entenderse implícita por la propia naturaleza de la institución (son licencias implícitamente condicionadas) la obligación jurídica de que el funcionamiento o desarrollo de la actividad tenga lugar de manera no nociva ni insalubre ni molesta ni peligrosa.

Por este mismo Juzgado se dictó Sentencia en fecha 26 de febrero de 2008 (Sentencia 91/2008):

".....La Disposición Transitoria tercera del Reglamento de 1961 dispone -ya hemos dicho- que no se podrán conceder licencias para la ampliación o reforma ni se autorizará el traspaso de industrias o actividades que no reúnan las condiciones establecidas en este Reglamento, a no ser que las medidas correctoras que se adopten eliminen con la debida garantía las causas determinantes de su calificación como actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Y es que, como declara la STS de 17-6-1989 EDJ 1989/615 la licencia de actividades pertenece a la categoría de las llamadas licencias de funcionamiento que crean una relación jurídica duradera con la Administración de donde deriva que la actividad a desarrollar ha de ajustarse siempre a las exigencias, incluso cambiantes, de interés público, lo que implica que estas pueden determinar la posibilidad de nuevas medidas correctoras e incluso en ocasiones la clausura. En consecuencia, las nuevas Ordenanzas en cuanto cristalización de las nuevas demandas del interés público, son vinculantes, independientemente de que la adopción de medida exija el requerimiento prevenido en los arts. 36 y siguientes del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961 y en definitiva la tramitación del necesario procedimiento que se plasmará en el correspondiente expediente.

Dicho esto, en el supuesto que nos ocupa y de conformidad con la interpretación otorgada a la Disposición Transitoria del RAMNIP, ha de partirse, porque nada en contrario ha acreditado la recurrente, de que, el proyecto de obra que obraba en el expediente, se encontraba modificado en su totalidad (informe

del Servicio de Disciplina Urbanística de 4 de mayo de 2006, folio 22 del expediente), razón ésta, por la que entendiéndose que no es posible realizar el informe técnico requerido para conceder la licencia de apertura, por no existir proyectos aprobados recogiendo las instalaciones y las obras, se decide resolver que procede solicitar una nueva licencia de actividad clasificada, que contemple las instalaciones reales que figuran en el local, como requisito previo y preceptivo para poder tramitar la puesta en funcionamiento. A mayor abundamiento, no sólo es que la recurrente no haya acreditado nada en contrario, sino que como puede comprobarse, en el momento en que se le confiere trámite de audiencia previo a la resolución denegatoria de la licencia de apertura, por la misma se reconoce dicho extremo, es decir, el cambio absoluto del local, manteniendo ante la Administración en escrito de fecha 5 de junio de 2006, que su intención es seguir produciendo dentro del cumplimiento de la normativa y que por haberse encargado los proyectos y estudios necesarios para adaptar con posterioridad el local a las exigencias legales en materia de urbanismo, se precisa de un determinado tiempo; lo que lleva a la recurrente a solicitar un prórroga de plazo para adecuar las instalaciones del obrador.

*Entendemos en consecuencia que no puede entenderse que se haya producido un cambio de titularidad de la licencia inicial de actividades clasificadas, que no ha habido traspaso de industria conforme a lo expuesto y por tanto, que en principio la resolución debe entenderse conforme a Derecho en el sentido de **que no cabe proceder a la concesión de una licencia de apertura/puesta en funcionamiento, si se carece de la exigible y previa licencia de instalación o como en este caso, actividades clasificadas.....***”

Resulta básico y esencial partir por tanto de si cabe conceder una licencia de apertura/puesta en funcionamiento, en los términos en que aquí se concedió, es decir, sometiendo a condición concretamente la obligación de la recurrente de solicitar licencia urbanística, por existir cambios en la estructura del inmueble donde se desarrollará la actividad, que eso sí, el Ayuntamiento no considera esenciales.

Ha señalado el TS, en S. 13/Junio/2006, con relación a la **licencia** de apertura, que “Dicha **licencia** se otorga a la vista de un proyecto, y lo que tiene que decidirse al concederla es si lo proyectado se ajusta a la legalidad. **Una vez realizada la correspondiente instalación es preciso comprobar si lo llevado a cabo se ajusta a lo proyectado y las medidas correctoras, en el caso de actividades clasificadas, son eficaces. Sólo tras esa comprobación puede autorizarse la puesta en funcionamiento o el ejercicio con carácter definitivo de la actividad.**

Ambas **licencias** son en algunos aspectos independientes, pues la concesión de la primera, puede ser correcta y, pese a ello, improcedente otorgar la segunda, como ocurriría de no haberse respetado el proyecto o de no funcionar adecuadamente las medidas correctoras previstas; pero es obvio que si la concesión de la primera es nula porque la actividad no era autorizable tal nulidad acarrea necesariamente la de la segunda”.

De tal modo que **debe girarse una visita de comprobación por parte del Ayuntamiento (artículo 34 del Reglamento), con la subsiguiente posibilidad de requerir al interesado para que establezca medidas correctoras (artículo 36), que, en caso de haber sido acordadas, requerirán una ulterior comprobación de su adopción y de su eficacia (artículo 37), otorgándose la denominada licencia de apertura y/o funcionamiento en caso de adecuación de las medidas correctoras impuestas, por tanto, la función de la autorización o licencia de apertura y/o funcionamiento es la comprobación de que la actividad a realizar se ajusta a los términos de la licencia de actividad y/o instalación concedida.** Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de control posterior, porque la licencia de apertura y/o funcionamiento crea una relación permanente con la Administración, ya que las exigencias del interés público demandan un funcionamiento correcto de la actividad y de sus medidas correctoras, lo cual implicara que la actividad desarrollada quede, durante la vigencia de la licencia, sujeta a inspecciones administrativas para la comprobación del cumplimiento de las condiciones expresadas en la misma, conforme declaran, entre otras, las SS.T.S. de 4/Octubre/86 y 30/Junio/87.

Lo hasta aquí expuesto no se cumple en el supuesto que nos ocupa por lo que seguidamente diremos. Concretamente, se realizaron modificaciones en el proyecto

inicialmente aprobado que sinceramente no nos parecen poco importantes pese a la opinión al respecto de la Administración (véase que en informe técnico del Servicio de Inspección del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 11 de diciembre de 2006, se manifiesta que en el expediente de solicitud de autorización de puesta en funcionamiento de actividad clasificada, cabe extractar algunos documentos: concretamente, certificado de finalización de las obras de acondicionamiento visado por el C.O.A. con fecha 10 de octubre de 2006, Dossier de “Final de Obra” visado por el C.O.A., con fecha 10 de octubre de 2006, en el cual entre otros temas se indica: a) Modificación en la distribución respecto al acondicionamiento reflejado en los Proyectos aprobados, b) Se refleja un apartado de “Cumplimiento de la seguridad de estructura” en el cual se indica de la ejecución de una “superestructura de acero inoxidable, que reparte las cargas al muro del garaje y al pórtico de la primera crujía.....documentación que se adjunta como anexo al presente Final de Obra”, dicha superestructura se ha motivado por el cambio de ubicación del aparato de resonancia magnética.....g) Certificado visado por el C.O.A. con fecha 30 de noviembre de 2006, en el cual nuevamente se refleja la ejecución de una subestructura de acero inoxidable a los efectos de un reparto de carga a la estructura del edificio”, y tras ello, seguidamente se informa:

1-Con relación a las modificaciones en la distribución realizada (apartado a), se puede considerar como una modificación no sustancial, susceptible de tramitarse en la Autorización de Puesta en Funcionamiento.

2-Respecto a la ejecución de una estructura de reparto de cargas (apartado b), indicamos que la realización de dicha superestructura, la cual no está contemplada en los Proyectos con los cuales se concedió la Licencia Urbanística, debería considerarse como una modificación sustancial, tal y como se regula en el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón.

Y pese a todo, la licencia de puesta en funcionamiento, se otorga, condicionando la misma a que se solicite la oportuna licencia urbanística, dando lugar a una nueva solicitud de licencia urbanística y de actividad -por cierto, aún no resuelta- y procediendo en su consecuencia y en definitiva, a la concesión de una licencia de puesta en funcionamiento de manera no conforme y ajustada a Derecho, ya que, autoriza dicha puesta en funcionamiento, es decir, autoriza el inicio de la actividad, dando a entender que se han efectuado todas las comprobaciones exigibles sobre la corrección absoluta de lo actuado y del cumplimiento de las medidas correctoras impuestas, cuando realmente no existe ni existía en dicho momento una licencia de instalación, una licencia de actividades y una licencia urbanística, de carácter definitivo que de sustento al posible inicio del funcionamiento posterior, conforme a Derecho.

Entendemos que esto es suficiente para estimar la demanda, resultando innecesario el análisis del resto de los motivos de impugnación esgrimidos.

SEXTO.- No se aprecian méritos para efectuar una especial imposición de las costas causadas, de conformidad con lo al efecto establecido en el art. 139 de la LJCA.

FALLO

ESTIMAR el recurso P. Ordinario nº 199/2007-BA, interpuesto por D. J., al que se acumuló el P. Ordinario 363/2007-AP, procedente del Juzgado Contencioso-administrativo número 2, e interpuesto por la Comunidad de Propietarios del número 4 de la Calle Carrera del Sábado, con la representación y defensa también antes expresada, contra la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho de la presente, y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar no conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida, de conformidad con lo establecido en los Fundamentos de Derecho de la presente, anulándola en su consecuencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez, del juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Zaragoza.