
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 80/2001-J
Sentencia nº 53 (27-03-2002)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

CLAUSURA DE ESTABLECIMIENTO. CAFÉ BAR. DECRETO DE CIERRE.

No dispone de licencias municipales.

Licencia de actividad del RAMINP.

Silencio administrativo.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Juan Carlos Zapata Híjar

En Zaragoza a 27 de marzo de 2002, habiendo visto los presentes autos el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar, Magistrado-Juez, con destino en Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Partes del recurso: Recurrente «C. T. C. y T., S.L.». Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.– Actuación recurrida: Resolución de Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 9 de marzo de 2001 por la que se decreta el cierre y consiguiente clausura de la actividad de Café Bar denominado «C. y T.» que se desarrolla en el local sito en la Plaza Utrillas, al carecer de las preceptivas licencias municipales (exp. 101.995/01).

TERCERO.– Procedimiento: Interposición del recurso el 5 de abril de 2001. Demanda el 5 de julio de 2001.

Contestación a la demanda el 4 de septiembre de 2001.

Apertura del proceso a prueba el 11 de septiembre de 2001 en el que se practicó por la recurrente documental al Ayuntamiento de Zaragoza y exhortó al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Zaragoza.

Conclusiones de la parte actora el 29 de noviembre de 2001.

Se suscitó cuestión prejudicial por si debía suspenderse el presente recurso a la espera de la resolución del recurso contencioso administrativo nº 107/2001 que se tramita en el Juzgado de lo Contencioso nº 3 de Zaragoza.

Conclusiones de la Administración demandada el 21 de diciembre de 2001.

Por Auto de 11 de enero de 2002, se desestimó la cuestión prejudicial.

En fecha 14 de febrero y 13 de marzo de 2002, se dio traslado de prueba practicada fuera de plazo a las partes para alegaciones con el resultado que obra en autos.

Concluso para Sentencia el 20 de marzo de 2002.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada superior a 3.000.000 de ptas.

QUINTO.- Pretensiones de la parte recurrente: 1. Estimación de la demanda y Nulidad del acto recurrido, ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al trámite de examen de expediente y presentación de alegaciones.

2. Subsidiariamente se anule la orden de clausura por no existir causa para no conceder la licencia de apertura.

Hechos de trascendencia que se deducen del expediente de relevancia para la resolución de este recurso.

1) Por Inspección de la Policía Local de 25 de enero de 2001, se detectó que en el local del Centro Comercial de la Plaza Utrillas se estaba ejerciendo la actividad de cafetería sin haber presentado a la inspección licencia (folio 2).

2) Por resolución de 26 de enero de 2001 (notificada el 6 de febrero de 2001) se le dio trámite de audiencia con carácter previo a la clausura de la actividad al no constar concesión de licencia en el Ayuntamiento (folio 7).

3) Por escrito de 8 de febrero de 2001, se pone en comunicación del Ayuntamiento que la licencia se solicitó el 25 de enero de 2001 y que se ha solicitado vista del expediente, concediéndose entrevista para el 6 de marzo de 2001 (folio 9). Al día siguiente también se alega se ha solicitado licencia de apertura (folio 12). El 15 de febrero se solicita suspensión del trámite a la espera de la vista del expediente (folio 16).

4) En fecha 8 de marzo se pone en conocimiento del Ayuntamiento que se personó la recurrente en los servicios de urbanismo para la vista del expediente, no pudiendo hacerlo por que estaban en otra dependencia (folio 22).

5) Previa Propuesta se dictó la Resolución de Alcaldía objeto del presente recurso, siendo clausurada la actividad el 27 de marzo de 2001 (folio 31).

6) Se solicitó la suspensión de la orden de clausura que fue concedida por Resolución de Alcaldía de 6 de abril 2001 (folio 35).

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

a) La primera causa de nulidad alegada es la falta de audiencia, pues le ha sido materialmente imposible el estudio del expediente dado que el día para el que fue citado, el expediente no estaba en el Servicio y no pudo examinarlo.

Entiende por tanto que se ha vulnerado el art. 35.a) y art. 84 de la Ley 30/92.

b) Considera que el acto recurrido carece de motivación dado que no ha podido conocer las alegaciones de la entidad recurrente que no ha podido realizarlas al no poder ver el expediente.

c) Es contradictorio que se conceda licencia para veladores y no se conceda la licencia de apertura.

d) La entidad recurrente ha solicitado licencia de apertura y se propone la denegación de la misma (no se ha resuelto expresamente a la fecha de la remisión de la prueba, como consta en autos) «porque la intervención se ubica en un edificio que no dispone de licencia municipal». Dado que esta licencia (la de la totalidad de los tres edificios que conforman el centro comercial de la Plaza Utri-

llas se está tramitando en el recurso nº 107/2001, lo procedente en este caso es suspender la clausura hasta que se resuelva el procedimiento judicial. Entiende no obstante que no debe haber inconveniente alguno para la concesión de la aludida licencia, tanto más en cuanto se ha concedido licencia de obras para el edificio en su totalidad con posterioridad (exp. 496.790/2001) por Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 31 de octubre de 2001.

SEXTO.— Pretensiones de la Administración demandada: Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

Resumen de los motivos de oposición al recurso

a) Se niega por parte del Ayuntamiento que hay vulneración del principio de audiencia pues pudo realizar las alegaciones que estimó como así aconteció a pesar de no tener a la vista el expediente.

b) En cuanto a la posible legalidad de la orden de clausura se alega la corrección de la misma, pues con independencia de que con posterioridad se acuerde o no la concesión de la licencia, es lo cierto que no cabe ejercer la actividad hasta que no se conceda la licencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.— Comenzando por el aludido vicio de nulidad radical que se señala como el previsto en el art. 62.1 a) —vulneración de un derecho fundamental y e) acto dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido de la Ley 30/92, al no permitir realizar alegaciones a la vista del expediente se ha de indicar que no es ésta la previsión que se establece en la Ley para un supuesto como el presente. Por el contrario, cuando como aquí ocurre no estamos ante un acto sancionador, no cabe hablar de vulneración del derecho de defensa y extraño al acto recurrido la alegación a la arbitrariedad, por otro lado no cabe hablar de falta absoluta de procedimiento, cuando es evidente a la vista del expediente que procedimiento ha habido. A la vista de lo razonado y más acorde con la alegación de vulneración de lo dispuesto en el art. 35.G y art. 84 de la Ley 30/92, la consecuencia que se prevé para estos supuestos es la del art. 63 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, sobre el Procedimiento Administrativo Común que establece que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, aunque seguidamente se dice que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados». Como se ve al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce siquiera con carácter general virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad, salvo aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera de plazo previsto, cuando éste tenga carácter esencial o se produzca una situación de indefensión.

Así las cosas y por sólo señalar una cita jurisprudencial es de señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 1992 que establece

una doctrina general sobre la nulidad por defectos procedimentales afirmando que:

«La teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declararon nulas y, por supuesto, de la retroacción de estas para que se subsanen las irregularidades detectadas. En el caso de autos, tratándose, como la Sala sentenciadora razonó, no de que se hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido al efecto, sino tan solo del trámite de audiencia del interesado, exclusivamente se incidiría en la de simple anulabilidad del art. 48.2., y ello solo en el supuesto de que de la omisión se siguiera indefensión para el administrado, condición esta que comporta la necesidad de comprobar si la indefensión se produjo; pero siempre, en función de un elemental principio de economía procesal implícitamente, al menos, potenciado por el art. 24 CE, prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas, adverando si, retrotrayendo el procedimiento al momento en que el defecto se produjo a fin de reproducir adecuadamente el trámite omitido o irregularmente efectuado, el resultado de ello no sería distinto del que se produjo cuando en la causa de anulabilidad del acto la Administración creadora de este había incurrido».

En el presente caso no puede dudarse que tal y como denuncia el recurrente la Administración dio cita para la vista del expediente y ésta no pudo llevarse a cabo pues precisamente ese día el expediente estaba en Comisión de Gobierno para resolver el expediente. No obstante sí consta, como se ha expresado en los hechos, que a la entidad recurrente se le dio audiencia que utilizó en reiteradas ocasiones y en un breve periodo de tiempo, alegando lo que con vino a su derecho y en particular lo único que era relevante a la cuestión, esto es, que había solicitado licencia urbanística y posteriormente de apertura. No puede por tanto admitirse que no existiera trámite de audiencia, el único defecto que se advierte en la tramitación es que no cumplió el derecho a la vista del expediente.

Defecto que en atención a las circunstancias del caso y a la doctrina que ha quedado reseñada no puede determinar la nulidad del acto recurrido. El único antecedente que consta en el expediente y que no ha tenido a la vista la entidad recurrente para formular las alegaciones, es la denuncia de la Policía Local, en la que se reseña un hecho evidente y no negado que el día 26 de enero de 2001, se estaba ejerciendo la actividad por la entidad recurrente. La aludida doctrina de la economía procesal impide la nulidad de actuaciones y retroacción del trámite que se solicita, pues no existía trámite que pudiera haber hecho modificar las alegaciones del recurrente y por lo mismo tampoco procede ahora nulidad procedimental que se insta.

Por los mismos razonamientos aludidos tampoco cabe hablar de defecto en la motivación de la resolución recurrida, en la que además se analiza la incidencia que la falta de vista del expediente tiene en el acuerdo de clausura de la actividad.

SEGUNDO.— En cuanto al fondo del asunto es preciso señalar la doctrina que de forma reiterada establece el Tribunal Supremo al determinar que la consecuencia jurídica de la falta de licencia no puede ser otra que la clausura de la actividad. Así se manifiesta en Sentencias de 10 de junio y 24 de Abril de 1987 cuando indica que la apertura clandestina de establecimientos comerciales e industriales o el ejercicio sin la necesaria licencia de actividades incluidas en el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, obligan a adoptar, de plano y con efectividad inmediata, la medida cautelar de suspender la continuación de las obras, clausurar el establecimiento o paralizar la actividad, con el fin de evitar que se prolongue en el tiempo la posible transgresión de los límites impuestos por exigencias de la convivencia social, hasta la obtención de la oportuna licencia que garantice la inexistencia de infracciones o la adopción de las medidas necesarias para corregirlas, la decisión de precinto y clausura adoptada constituye la medida de carácter cautelar y no sancionadora, más apropiada para impedir la continuidad de una actividad clandestina, que se ejerce sin la preceptiva licencia, por tanto sin garantía para el superior principio de respeto a la seguridad de los ciudadanos.

En el mismo sentido se indica en Sentencia de 21 de septiembre 1988 que el ejercicio de este derecho de actividad de atenerse a los límites configurados por el ordenamiento jurídico, y por tanto al límite temporal establecido y como tiene declarado esta Sala —Sentencias 18 de julio de 1986, 5 de mayo de 1987, 4 de julio de 1995— ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, tasas o impuestos, ni la tolerancia municipal implican acto tácito de otorgamiento de licencia, conceptuándose la actividad ejercida sin licencia como clandestina e irregular que no legitima el transcurso del tiempo, pudiéndose acordar la paralización o cese de tal actividad por la autoridad municipal en cualquier momento —Sentencias de 20 de diciembre de 1985, 20 de enero de 1989, 9 de octubre de 1979, 31 de diciembre de 1983, 4 de julio de 1995, 16 de marzo de 2000 etc.—.

A lo que cabe añadir que como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1992 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 y hoy el artículo 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril.

En el presente caso y como queda analizado anteriormente y concurriendo como concurren dichos requisitos administrativo resulta correcto, puesto que la mera solicitud de la licencia no faculta para el ejercicio de la actividad, puesto que se precisa para ello no sólo la concesión de la licencia de instalación que fue solicitada el 25 de enero de 2001 —es evidente coincidiendo en la fecha con la inspección de la Policía Local—, sino la comprobación una vez realizada la instalación, que esta se corresponde con el proyecto licenciado, que se han adoptado las medidas correctoras oportunas, lo que se realiza mediante el otorga-

miento tras la oportuna visita de inspección de la licencia de funcionamiento correspondiente, que como licencia de apertura fue solicitada el 9 de enero de 2001.

En atención a lo dicho han de desecharse las alegaciones realizadas por la entidad recurrente relativas a que siendo posible la legalización de la actividad el acto recurrido debe anularse, pues debe señalarse que la mera petición de licencia, aún cuando esta no hubiera sido resuelta —como ocurre aquí— no legitima al recurrente para el inicio de la actividad, que solo puede comenzarse cuando la licencia de actividad ha sido concedida, se ha ejecutado el proyecto y tras la correspondiente visita de inspección el funcionario correspondiente, tras comprobar las medidas correctoras suscribe la correspondiente acta o licencia de funcionamiento. La licencia de actividad puede concederse de forma expresa o presunta, pero en el caso presente ha de señalarse que en ningún caso puede estimarse que haya obtenido la entidad recurrente licencia, ni se ha concedido expresamente, ni puede admitirse que se haya obtenido por silencio administrativo, pues desde la fecha en que las licencias fueron solicitadas hasta que se dictó el acto recurrido, no transcurrieron los plazos previstos en el art. 175 de la Ley 5/99 de 25 de marzo de Urbanismo de Aragón.

De ahí que tampoco sea admisible la alegación relativa a que la licencia haya sido obtenida por silencio positivo pues ha de reiterarse que como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1997, 12 de Marzo de 1996, 10 de febrero de 1996, 20 de mayo de 1991 y 29 de julio y 12 noviembre de 1992, el pago de impuestos municipales no equivale, conforme a muy reiterada jurisprudencia a la existencia de licencia, tampoco exime de la obligación de obtener la preceptiva licencia la concesión de otras autorizaciones administrativas concurrentes claramente distintas de ella —como ocurre con la licencia de veladores— y en fin, tampoco equivale a una licencia tácita de la mera tolerancia o pasividad Municipal por prolongada que esta sea, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entre otras muchas de 18 de julio de 1986, 5 de mayo y 13 de octubre de 1987, 1 de febrero de 1988, 17 de octubre de 1991, ó 23 de marzo de 1992. En definitiva como señala la Sentencia de 6 de abril de 1993, ningún precepto establece la prescripción adquisitiva para las actividades molestas que funcionan sin licencia, que son imprescriptibles.

TERCERO.— De todo lo aludido se deduce que es indiferente al resultado de este pleito, que con posterioridad se pueda obtener la licencia de apertura, única que legitima para el ejercicio de la actividad, pues a la fecha en que se dictó el acuerdo recurrido, lo cierto es que todavía no se había obtenido por lo que no cabe sino concluir la conformidad a derecho del acto recurrido, tanto más si tenemos en cuenta que en esta Comunidad Autónoma y de conformidad a lo dispuesto en el art. 196.1 de la Ley 7/99 y art. 166 de la Ley 5/99, para poder ejercitar la actividad es preciso que previamente se haya concedido la licencia. De hecho la realización de actividad sin haber obtenido licencia aún cuando posteriormente la actividad se legalice —como parece es posible dado que se trata de un almacén— es una infracción urbanística leve.

CUARTO.— De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LRJCA, no se infieren méritos para hacer expresa imposición de las costas causadas.

FALLO

Desestimar el presente recurso nº 80/2001, interpuesto por el Procurador D. M. A. P. en nombre y representación de «C. D. T. D. C. Y T., S.L.» y en consecuencia:

PRIMERO.— Declarar ser conforme a derecho la actuación recurrida que se confirma.

SEGUNDO.— No hacer expresa imposición de las costas del presente recurso.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación (art. 81 de la LRJCA) ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación, por escrito que deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 85 de la Ley.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza