
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 419/2008. Sentencia nº 552 (14/09/2011)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE ACTIVIDAD. SOCIEDAD GASTRONÓMICA.

Necesidad de licencia ambiental de actividad clasificada.

El cómputo de la potencia mecánica instalada incluye las instalaciones eléctricas y de gas.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Jesús María Arias Juana (*Ponente*)

MAGISTRADOS

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a catorce de septiembre de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso de apelación número 419 de 2008, interpuesto por la compañía mercantil P.,S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. E.C.M. y asistida por el Letrado D. L.M.J., contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 3 de septiembre de 2008, dictada en el recurso Contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 289 de 2007; siendo parte recurrida, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. N.C.A. y asistido por el Letrado D. J.M.M., y la SOCIEDAD CULTURAL Y GASTRONÓMICA "L.S.", representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. C.I.G. y asistida por la Letrada Dña. A.R.P.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso Contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza dictó Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2008, desestimatoria del recurso y confirmatoria de la actuación recurrida, sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia, por la parte actora se interpuso recurso de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la estimación del recurso promovido; siendo admitido dicho recurso y dándose traslado a la representación de la Administración demandada y de la codemandada para que pudieran formalizar su oposición al mismo, lo que así hicieron, y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebró la votación y fallo el día señalado, 8 de septiembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, con desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil recurrente, vino a confirmar las resoluciones administrativas recurridas, del Vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 22 de febrero de 2007, por la que se acuerda conceder a la Sociedad Cultural y Gastronómica "L.S." licencia de apertura para la actividad de sociedad socio-recreativa cultural sin ánimo de lucro en la calle Casto Méndez Núñez, y de 19 de abril de 2007, por la que se rectifica la anterior en cuanto a una de las condiciones en ella impuesta que se sustituye por la de "el establecimiento no podrá estar abierto al público".

SEGUNDO.- La recurrente, tras exponer en su consideración previa la improcedencia y lo impropio de las manifestaciones efectuadas por el Juzgador en el Fundamento de Derecho Primero –sobre lo que ninguna consideración se ha de hacer aquí, cuando de ellas, como así reconoce la recurrente, ninguna conclusión se extrae en la Sentencia que afecte o sirva de fundamento al fallo de la misma-, insiste, como primer motivo impugnatorio con base al que pretende la revocación de dicha Sentencia, en la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa recurrida, al

no habérsele efectuado durante la tramitación del expediente notificación o comunicación alguna, pese a su condición de interesada en el mismo, condición que, frente a lo que se razona en la Sentencia, considera que sí concurría tanto por su condición de propietaria de oficinas en el inmueble en el que se ubica la actividad de cuya licencia se trata, como por haber sido considerada ya como parte en otro procedimiento respecto del mismo local, coadyuvando al mantenimiento de su clausura, algunas de cuyas actuaciones se han incorporado al nuevo procedimiento; invocando, como normativa de aplicación el artículo 32.2.a) del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y el artículo 65.2 de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental de Aragón. Tal motivo impugnatorio no puede prosperar, toda vez que, no obstante lo que se alega, aun cuando se admita su condición de interesado por las razones que apunta, no cabe apreciar, en cambio, que se le haya ocasionado una indefensión material determinante de la nulidad del acto, cuando la falta de notificación durante la tramitación del procedimiento no le ha privado del efectivo ejercicio del derecho de defensa, pues es lo cierto que, tras haber tenido conocimiento de la concesión de la licencia, tuvo acceso al expediente y le fueron notificadas las dos resoluciones recurridas, contra las que interpuso el presente recurso jurisdiccional en el que ha podido formular cuantas alegaciones y pruebas ha considerado convenientes en defensa de sus derechos. Debiendo recordarse que como declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de marzo de 2005, en la que se citan otras anteriores, “no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

TERCERO.- A distinta conclusión se ha de llegar, en cambio, en cuanto al segundo de los motivos impugnatorios aducidos, por el que se pretende igualmente la nulidad de la actuación recurrida al haberse seguido, no el procedimiento para la obtención de una “licencia de actividad clasificada”, tal y como se había solicitado, sino por el previsto para “licencia de apertura de actividad no clasificada”. Y ello no por el mero hecho de haber procedido de oficio a cursar la solicitud por el segundo de los procedimientos referidos, ni por ausencia de motivación en tal actuar -en los informes del Jefe de Servicio de Licencias de Actividades de 3 de noviembre y 5 de noviembre de 2006 (folios 64 y 67) se explicitan las concretas razones por las que se optó por tal tramitación-, sino porque ha de concluirse, en contra de lo que resuelve el Juzgador, que la licencia cuya concesión debía obtenerse es la de actividad clasificada, tal y como expresamente había sido solicitada por la sociedad cultural y gastronómica aquí apelada.

En efecto, si bien se dice en el segundo de los informes referidos que ninguno de los aparatos reflejados en el proyecto tiene carácter industrial, sino doméstico, y que la potencia instalada es inferior a 15 CV, de lo actuado resulta suficientemente acreditado, como ha venido sosteniendo la recurrente, que las dos cocinas de gas son de carácter industrial y superan ampliamente tal potencia.

Como acertadamente recoge la Sentencia recurrida, y no se cuestiona, es de aplicación la citada Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental de Aragón, que viene a sujetar a la denominada “licencia ambiental de Actividades Clasificadas”, como recoge su exposición de motivos, “a las actividades susceptibles de ocasionar molestias, alterar las condiciones de salubridad, causar daños al medio ambiente o producir riesgos para las personas o bienes, siempre que no estén sujetas a la autorización ambiental integrada”; si bien opta por “excluir expresamente de este régimen a una serie de actividades que venían siendo tradicionalmente sometidas a calificación y cuyo control se ha demostrado en la práctica que queda suficientemente garantizado a través de la licencia de apertura de actividades no clasificadas regulada en la legislación autonómica de régimen local”. Así, su artículo 60, en su apartado tercero excluye en todo caso del sometimiento a tal licencia a las actividades enumeradas en el Anexo VII, que -dispone- estarán sujetas a la licencia municipal de apertura prevista en la legislación de régimen local; quedando

recogidas en el apartado d).1 de dicho Anexo, y por tanto excluidas, las “Actividades de hostelería, siempre que su potencia mecánica instalada no supere los 15 kW y su superficie sea inferior a 300 m², excepto bares musicales, discotecas y otras actividades hostelerías con equipos de sonido”

El proyecto presentado con su solicitud por la Sociedad Cultural y Gastronómica, en su apartado 6, sobre “receptores y su potencia eléctrica”, recoge una relación de aparatos o instalaciones especificando en unos casos la potencia en CV, en otros en KW y no haciendo en algunos especificación ninguna al respecto -caso del termo de gas y de las dos cocinas de gas-. Fue, sin duda, la suma de las potencias que se especifican -5,75 CV y 8,50 kW- lo que determinó que el Técnico municipal, en el referido informe, considerase que no se superaba la potencia máxima; y es también la expresada cifra de 8,50 kW la que tiene en cuenta el Juzgador para considerar que no se rebasan los 15 kW, pese a manifestar lo contrario la Perito de la recurrente. Lo que no puede asumirse pues, el citado precepto se refiere a “potencia mecánica instalada”, no a potencia eléctrica, y, en consecuencia, no hay razón alguna para no computar la potencia de las dos cocinas de gas -como tampoco la del termo de gas-, la cual adicionada a las de los demás aparatos hace que la potencia mecánica instalada de la actividad supere ampliamente los 15 kW. Así lo vino a informar dicha perito, y cuya aseveración al respecto no puede desecharse por el mero hecho de no haber visitado directamente la cocina que nos ocupa, cuando claramente, sin necesidad de haberla visto y por sus conocimientos técnicos, estaba en disposición de informar, como hizo, que sumada a la potencia eléctrica que tenía la cocina de 12,73 kW -ha de entenderse que según el proyecto técnico y sumando las dos cifras totales que en él se recoge, previa conversión en kW de la expresada en CV-, la potencia tanto de la cocina de gas como la del termo de gas se superaban los 15 kW. A lo que se une que las dos cocinas de gas, de cuatro fogones y horno instaladas, como se aprecia en las fotografías incorporadas a las actuaciones, evidencian claramente que se trata de cocinas de uso industrial -así lo vino a reconocer, además, el Perito de la sociedad codemandada-, no doméstico, cuya potencia es evidente que, unida a la de los demás aparatos o instalaciones, hace que se superen claramente los reiterados 15 kW.

A lo expuesto, que sería suficiente para la estimación del motivo impugnatorio aducido, se han de añadir dos consideraciones que corroboran la solución a la que se llega. En primer lugar, que en la Circular 4/2009 Ejercicio Libre, de 24 de marzo de 2009 del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Aragón -a la que esta Sala ha tenido acceso por internet-, emitida con ocasión de las dudas surgidas en relación al término "potencia mecánica instalada", se pone de manifiesto que se hizo la oportuna consulta al Departamento de Medio Ambiente, a la que se dió respuesta escrita que se adjuntaba a la circular, en la que en lo que aquí interesa se informa: “El concepto de potencia mecánica instalada se interpreta como concepto general de potencia, aplicable a cualquier tipo de maquinaria independientemente si produce movimiento lineal, rotatorio, calor o cualquier forma de energía. El concepto de potencia mecánica tampoco esta vinculado a un tipo de combustible, debiendo ser calculado sumando las diferentes potencias de las máquinas y/o instalación combustible, independientemente de la fuente de energía que consuman (combustibles líquidos, gaseoso, energía eléctrica, etc.)”. Recogiéndose en dicha circular una tabla relativa a potencia de elementos de trabajo en cocinas que fija la de las cocinas con horno de 4 fuegos en 25,52 y 22,52 kW.

Y, la segunda, que en esta alzada ha sido aportado el informe de inspección de la instalación de gas y electricidad del local en cuestión practicado el 26 de noviembre de 2008 -con posterioridad, por tanto, a la fecha de la Sentencia recurrida-, del que se le dio traslado a la sociedad codemandada por resolución del Director del Servicio Provincial de Industria, Comercio y Turismo de 23 de diciembre, por la que se le concedían tres meses para la subsanación de las deficiencias observadas -documentos aportados por la recurrente y cuya admisión es procedente al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, y del que resulta que cada una de las dos cocinas de cuatro fuegos instaladas en el local tiene una potencia de 25,19 kW., lo que reafirma que la actividad supera claramente los 15 kW -y ello con independencia de que las aludidas deficiencias quedaran posteriormente subsanadas, como así resulta de la documental posteriormente aportada por la sociedad codemandada-.

Por todo lo expuesto, dado que la actividad precisaba de la licencia ambiental de actividades clasificadas, y no la concedida en las resoluciones recurridas, y que

fue aquella la solicitada por la sociedad cultural y gastronómica codemandada, pese a lo que no se tramitó el procedimiento previsto para ella -en los artículos 63 y siguientes de la referida Ley 7/2006-, procede, sin necesidad de entrar a examinar los demás motivos impugnatorios aducidos, con estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia apelada, declarar la nulidad de las resoluciones administrativas recurridas y acordar la retroacción del expediente al momento posterior a la solicitud de licencia por parte de dicha sociedad, a fin de que por el Ayuntamiento se siga el procedimiento previsto para tales licencias y dicte en su día la resolución que en derecho corresponda.

CUARTO.- No apreciándose temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, no procede hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

FALLO

PRIMERO.- Con estimación del recurso de apelación interpuesto por la compañía mercantil P.,S.L., contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 3 de septiembre de 2008, dictada en el recurso Contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 289 de 2007, y con revocación de la misma, estimamos dicho recurso contencioso administrativo, declaramos la nulidad de las resoluciones administrativas recurridas y acordamos la retroacción del expediente administrativo al momento posterior a la solicitud de licencia de actividad clasificada por parte de la Sociedad Cultural y Gastronómica “L.S.”, a fin de que por el Ayuntamiento se siga el procedimiento previsto para tales licencias y dicte en su día la resolución que en derecho corresponda.

SEGUNDO.- No hacemos expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, pronunciamos, mandamos y firmamos.