
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 373/2009. Sentencia nº 564 (13/09/2013)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE PUESTA EN FUNCIONAMIENTO ACTIVIDAD CLASIFICADA. Innecesariedad de denuncia de mora para obtener la licencia apertura/puesta de funcionamiento. Concesión de licencia por silencio positivo. Improcedencia cuando es contra normativa vigente. No resolución de petición de ampliación de plazo. Posibilidad de ampliación de plazo en curso de dificultades especiales para su cumplimiento. Alegación recurrente subsanación deficiencias. No comprobado por el Ayuntamiento. Improcedencia. Consecuencia: Retroacción del procedimiento en ese momento.

Fallo: Estimación. Desfavorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Juan Carlos Zapata Hajar (*Ponente*)

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Juan José Carbonero Redondo

En Zaragoza a 13 de septiembre de 2013, habiendo visto los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres: ...

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Apelante: D.S.A.U. representada por el Procurador D. J. y defendido por el Letrado D. JA.

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

SEGUNDO.- Actuación administrativa recurrida:

Resolución del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 8 de abril de 2008 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 12 de febrero de 2008 (exp. 3198307/1994) por el que se desestima/archiva la solicitud de autorización de puesta en funcionamiento de la actividad clasificada para la actividad de venta menor de almacenes populares, si en Calle Condes de Aragón 18 bajo, por no haber subsanado los defectos puestos de manifiesto (exp. 335290/2008).

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

1º) El 18 de noviembre de 1994 solicita licencia de instalación para la actividad de supermercado en la Calle indicada que es concedida por Resolución de 29 de diciembre de 1997, (exp. 3198307/1994) según se ve en folio 19.

2º) El Ingeniero Técnico Jefe de la Sección de Actividades el 6 de marzo de 1995, notifica que la apertura no podrá concederse, mientras no se autorice y se haya comprobado que se cumplen las condiciones de la licencia y se atiende a la legislación vigente (folio 5). El Servicio de Inspección el 23 de septiembre de 2003 indica que no se ha subsanado una serie de defectos (folio 7) que deben ser subsanados requiriendo después certificado final de obra, con una serie de características. El Instituto Municipal de Salud Pública cursa visita el 28 de noviembre de 2003 (folio 11). El 18 de marzo de 2004 se presenta certificado de cumplimiento de licencia de actividad, subsanando requerimientos del Servicio de Inspección (folio 15). Se realiza visita del Servicio el 30 de mayo de 2007 contra incendios (folio 50) en el que se indican deficiencias. Hay informe favorable de la Unidad de Medio Ambiente (folio 53) en fecha 22 de agosto de 2007.

3º) El 19 de septiembre de 2007 se notifica requerimiento para cumplimentar en plazo de 23 días las deficiencias señaladas en informe del IMSP, Servicio de

Inspección y Servicio contra incendios (folio 54). Se presenta escrito el 16 de octubre de 2007 en el que se dice que los defectos del IMSP ya se subsanaron en el 2003. Y que los otros defectos siendo la primera vez que se conocen y necesitando nueva licencia de obras menores, precisa más plazo (folio 57). Sin resolver esa petición archivan la solicitud de licencia por Resolución de 12 de febrero de 2008 por no cumplir el requerimiento.

4º) Presenta recurso de reposición, en el que además de solicitar que la licencia ya se concedió por silencio en su día, indica que los otros defectos los subsanará en breve plazo. Se desestima el recurso de reposición.

5º) En la demanda se sostiene que la licencia no contraviene la normativa urbanística y que debió de tenerse por concedida por silencio. Y que se ha incumplido la obligación de resolver sobre la ampliación de plazo y de admitir los documentos y pruebas presentados antes de archivar la petición.

6º) La Sentencia recurrida desestima el recurso e indica: que sometida la licencia al RAMINP, precisa para la concesión del silencio de denunciar la mora ante la Comisión Provincial y que hay suficiente plazo para cumplir los requerimientos con el de 23 días indicado.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte apelante:

Se estime el recurso de apelación.

Se tenga por concedida licencia por silencio administrativo para la puesta en funcionamiento del Supermercado o subsidiariamente se tenga por concedida prórroga con la finalidad de poder subsanar el requerimiento efectuado y la continuación del procedimiento de concesión de la licencia de apertura.

Resumen de los motivos del recurso de apelación.

1º) Es incorrecta la aplicación del RAMINP y debería haberse concedido la licencia por silencio positivo.

2º) La licencia cumple la normativa urbanística y aún cuando sea contraria al plan, debió haberse concedido por silencio (STSJ de Valencia de 24 de noviembre de 2006).

3º) Hay vulneración del art. 76.3 de la Ley 30/1992, debería haberse admitido la subsanación presentada y conceder prórroga para subsanar los defectos.

SEXTO.- Pretensiones de la parte apelada:

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia impugnada.

SÉPTIMO.- Procedimiento:

Se admitió la apelación el 19 de junio de 2009.

Votación y fallo el 12 de septiembre de 2013.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La denuncia de mora en la concesión de la licencia de apertura.

Aplica la Juez de instancia al caso el art. 33.4 del RAMINP Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, pero éste como acertadamente alega el apelante, sólo es de aplicación -si lo fuese en la fecha en que se resuelve el expediente-, para la obtención de la licencia de instalación y no es como es el caso la licencia de apertura. Derivado el procedimiento del art. 29, que se refiere a la licencia de instalación en este precepto se dice: *Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la solicitud sin que hubiese recaído resolución, ni se hubiese notificado la misma al interesado, podrá éste denunciar la mora simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y transcurridos dos meses desde la denuncia, podrá considerar otorgada la licencia por silencio administrativo, salvo en aquellos casos en que la Comisión hubiere notificado su acuerdo desfavorable y se hallase este pendiente de ejecución por parte del Ayuntamiento.*

Pero la licencia de apertura, como es sabido es el trámite posterior en el que

se precisa visita para comprobar que se han efectuado las obras conforme a la licencia concedida. Así viene regulado en el art. 34 del RAMINP, si fuese aplicable se reitera, cuando dice: *Obtenida la licencia de instalación de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente, no sólo por la actividad de que se trate, sino también por la naturaleza del daño que pueda causarse. En el caso de que no dispusiere el Ayuntamiento de tal funcionario, podrá solicitarlo del correspondiente Organismo provincial.*

Por tanto en este punto ha de anularse la Sentencia indicando que para conseguir la licencia de apertura, no hace falta denunciar mora alguna.

SEGUNDO.- La concesión de licencias urbanísticas por silencio administrativo.

Cuestión distinta es determinar si se ha concedido la licencia por silencio, aún contrariando el planeamiento. En el hipotético caso, de que se contrarie por las obras realizadas.

Y aquí hemos de decir que a diferencia de la Sentencia alegada en el recurso de apelación hemos de referirnos en primer lugar al art. 176 de la Ley 5/99 Urbanística de Aragón que indica que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias “en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”. Pero es que además según establece el Tribunal Supremo la doctrina indicada en Sentencia del TSJ de Valencia que se alega es “errónea y gravemente dañosa para el interés general”. Según se dice en la Sentencia de 15 de noviembre de 2012 -RJ 2012/11058- que reitera doctrina:

“La STS de esta Sala de 28 de enero de 2009 (RJ 2009,1471) (casación en interés de la Ley 45/2007) ha venido a explicar, en línea de continuidad con la jurisprudencia anterior, que tanto en el artículo 178.3 del TRLS76, como en el artículo 242.6 del TRLS92 (precepto no afectado por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 y declarado expresamente vigente en la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, LRSV), así como más recientemente, en el artículo 8.1.b, último párrafo, del TRLS08, se ha mantenido constante con ligeras variaciones en su formulación, la norma que impide la adquisición por silencio de licencias, facultades o derechos que sean contrarios a la legislación o al planeamiento urbanístico. Se trata, por tanto, de una determinación legal de claro raigambre en nuestro ordenamiento y cuya pervivencia obliga a considerar que en ella se alberga una excepción a la regla general del silencio positivo establecida en el artículo 43.2 de la LRJPA, según redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

En este sentido, la citada STS de 28 de enero de 2009 (casación en interés de la ley 45/2007) explica lo anterior en los siguientes términos:

“... QUINTO.- También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario».

Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística...”

La continuidad de esa línea jurisprudencial es enfatizada en el Fundamento de Derecho Sexto de esa sentencia, al señalar:

"...SEXTO.- Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (RJ 2002, 2223) (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9377) (recurso de casación 11763/98), 17 de noviembre de 2003 (RJ 2004,27) (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2004 (RJ 2005, 2268) (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (RJ 2005,7973) (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (RJ 2007, 540) (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (RJ 2007,73327) (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007,7479) (recurso de casación 9397/03)...".

Estando ante una licencia de apertura la Sala entiende que debe circunscribirse a comprobar si las obras se atienen a la licencia concedida. Y en este caso, aún cuando la actividad se inspeccionó nueve y 13 años más tarde de la solicitud, es claro que debería haberse cumplido los requerimientos puestos de manifiestos y sólo en el caso -en aplicación de la normativa vigente, se reitera- de que se cumplan cabría otorgar la licencia, todo ello sin perjuicio de que es claro la actividad estuvo en funcionamiento durante todo ese tiempo. Cuestión distinta es que se cumplan los mínimos procedimentales legales para proceder al requerimiento y permitir su subsanación.

TERCERO.- La no resolución de la petición de ampliación de plazo.

El art. 79.1 de la Ley 30/92, establece que con anterioridad a la propuesta de resolución el interesado podrá realizar alegaciones y presentar documentos en defensa de su pretensión. Aquí la entidad recurrente como ha quedado indicado fue subsanando los defectos puestos de manifiesto por el IMSP, pero sólo fue notificada de los otros defectos en el año 2007, cuando había un informe del año 2003. Y es cierto que una vez que se le notificó el requerimiento, fue cumpliendo el mismo, si bien por la entidad de las obras necesitaba mayor tiempo para presentarlos.

La posibilidad de subsanación y de ampliación de los plazos concedidos, cuando se justifique dificultades especiales para su cumplimiento -como es el caso- está prevista en el art. 71.2 de la Ley 30/92 la admisión del cumplimiento de trámites y la concesión de sus efectos legales, está prevista en el art. 76.3 de la Ley 30/92 hasta el día en que se notifique la resolución por la que se de por terminado el plazo.

Por ello en atención al carácter antiformalista del procedimiento administrativo, que se deduce de las normas antes citadas y a que la Administración tras las indicaciones del recurrente de que había resuelto las deficiencias, no realizó acto alguno de instrucción para averiguar si era cierto lo que se alegaba y tampoco resolvió la petición de ampliación de plazo, por un elemental principio de economía procedimental, resulta obligada la estimación del presente recurso de apelación y como se pide de forma subsidiaria- la anulación de la denegación de la licencia que es objeto del presente recurso, con retroacción procedimental, para que se compruebe que defectos han sido subsanado y se dé plazo de subsanación.

CUARTO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LRJCA, al ser estimado el recurso de apelación no han de imponerse las costas del recurso.

FALLO

- 1º Estimar el presente recurso de apelación.
- 2º Revocar la sentencia apelada.
- 3º Reconocer como situación jurídica individualizada el derecho de la actora a la continuación del expediente de licencia de apertura, a los efectos de que se compruebe si con los certificados aportados y que constan en el expediente se han subsanado los defectos puesto de manifiesto, otorgando nuevo plazo de subsanación y con continuación de la tramitación.
- 4º 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 Híjar, D. Jesús María Arias Juana, D^a Isabel Zarzuela Ballester y D. Juan José Carbonero Redondo de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.