



Roj: **STS 14816/1992 - ECLI: ES:TS:1992:14816**

Id Cendoj: **28079130011992104083**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/1992**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 2.737.-Sentencia de 29 de julio de 1992

PONENTE: Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez Zapata Pérez. PROCEDIMIENTO: Ordinario.

MATERIA: Licencia de apertura de hotel.

NORMAS APLICADAS: Real Decreto 1587/1982, de 25 de junio, y Real Decreto 2059/1981, de 10 de abril.

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1990 y 20 de mayo de 1991 .

DOCTRINA: Dada la naturaleza del establecimiento, los riesgos que se pretende evitar y la naturaleza de la actividad justifica la sumisión a las autorizaciones de funcionamiento, sometidas a la condición implícita de tener que ajustarse a las exigencias de interés público.

En la villa de Madrid, a veintinueve de julio de mil novecientos noventa y dos.

Visto el recurso de apelación interpuesto por don José Sánchez Jáuregui, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad mercantil "López Gaviño, S. A.» (Hotel Don Paco), bajo la dirección de Letrado, habiendo comparecido, en calidad de parte apelada el Ayuntamiento de Sevilla, quien lo hizo con asistencia de Letrado, por medio del Procurador de los Tribunales don Leopoldo Puig Pérez de Hínestrosa; promovido contra la Sentencia dictada el 3 de noviembre de 1989 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , en recurso sobre denegación licencia de apertura de hotel.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, Magistrado de esta Sala.

Antecedentes de hecho

Primero: Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se ha seguido el recurso, núm. 831 de 1988, promovido por la representación de la entidad "López Gaviño, S. A.» (Hotel Don Paco) y en el que ha sido parte demandada el Ayuntamiento de Sevilla, sobre denegación de licencia de apertura de hotel.

Segundo: Dicho Tribunal dictó Sentencia con fecha 3 de noviembre de 1989 , con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso- administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Gordillo Cañas en nombre y representación de la entidad "López Gaviño, S. A.", contra los acuerdos de la Alcaldía de Sevilla, Área de Medio Ambiente, de 24 de septiembre de 1987 y 16 de febrero de 1988, éste desestimando recurso de reposición frente al primero, los que debemos confirmar y confirmamos. Sin costas.»

Tercero: La referida sentencia se basa en los siguientes fundamentos de Derecho: "1.º La cuestión que se somete a la consideración de este Tribunal, no es otra que la relativa a la revisión del acuerdo de la alcaldía de Sevilla de 16 de febrero de 1988, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 24 de septiembre de 1987, que denegó la licencia de apertura solicitada para el establecimiento hotelero sito en esta capital denominado Don Paco. En la demanda se suplica de la Sala una sentencia que declare nulos los



acuerdos recurridos, ya que el establecimiento de que se trata lleva funcionando más de diecisiete años. Se funda la pretensión mencionada en que la solicitud de licencia no fue tal, sino fruto de un error administrativo del director del establecimiento, sin que se atendiese el posterior desistimiento de la petición, así como en la existencia de la licencia desde mucho antes de 1983 al haber obtenido de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 del Decreto de 23 de diciembre de 1964 y el 22.3.º del reglamento de servicios de las Corporaciones Locales, así como la carencia en el acto denegatorio de una causa idónea y la inaplicación al supuesto de lo establecido en el Real Decreto de 25 de junio de 1982. 2.º La adecuada resolución de tal litis impone que se sienten determinados hechos sobre los que no existe discusión, ya que están suficientemente acreditados. Así, en primer-término, hay que establecer que el edificio donde se ubica la instalación cuenta con la necesaria licencia de obras, otorgada por la Comisión Municipal Permanente del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, en la sesión celebrada en 12 de enero de 1971 y está acreditado también que en 19 de octubre de 1972, por la inspección de tributos del Ayuntamiento se levantó acta de invitación por el concepto de apertura, si bien en la misma se hacía constar que "esta legalización es sólo a efectos fiscales, salvo cumplimiento por el interesado de los demás requisitos reglamentarios para la licencia, dando lugar la citada acta a un requerimiento de pago por importe de 39.630 ptas., abonadas en 5 de diciembre de 1977". Pese a lo que se acaba de exponer, así como a que se ha acreditado que el entonces Delegado Provincial del Ministerio de Información y Turismo autorizó provisionalmente en 10 de julio de 1972, el funcionamiento de dicho establecimiento hotelero, en ningún momento se ha exhibido documento que acredite la expedición por el Ayuntamiento de la licencia de apertura. Cierto que cuando se solicita la licencia el 20 de junio de 1983, en el impreso en el que se extiende la petición en el apartado observaciones se ha escrito a mano "Calificada en el expte. 239/ 1976", pero con posterioridad existe una certificación del negociado de actividades industrial en el que se afirma que en sus archivos "no se encuentran antecedentes administrativos anteriores del mismo" y aparece también en el propio expediente una nota manuscrita en relación al antes mencionado expediente 239/1976 en el que se lee que se refiere sólo a la lavandería. Por tanto, no se ha probado en ningún momento la existencia de licencia municipal de apertura, ni tan siquiera con carácter provisional. 3.º Partiendo de este hecho indubitado es como deben responderse las cuestiones que se plantean en la demanda. Así, la relativa a la aplicación del art. 67 del Decreto 4.927/ 1964, de 23 de diciembre, reglamento de la Ley sobre centros y zonas de interés turístico nacional. El precepto mencionado y, en general, la norma que se invoca, no son de aplicación al supuesto de autos, ya que el establecimiento de que se trata no se encuentra afectado por la regulación especial que se contiene en la Ley de 28 de diciembre de 1963, de centros y zonas de interés turístico nacional; para llegar a esa conclusión, es suficiente con examinar el contenido de los arts. 2.º y 3.º de la ley mencionada y además aunque así fuera, la coordinación que para esos supuestos impone la ley, art. 5.º, entre los órganos de la Administración Central y Local en materias relacionadas con el turismo no privaría al municipio del ejercicio de una actividad que le es inherente, como es la de conceder las licencias de apertura. 4.º Otro de los argumentos de la demanda lo constituye la afirmación de que la concesión de la licencia de obras suprime la de apertura, según establece el art. 22.3.º del Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales. Sobre esta particular, basta con que nos remitamos a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, en la que se afirma que "el citado artículo no es que libere al que se proponga el ejercicio de una específica actividad en determinado inmueble de la obligación de obtener la licencia de apertura legítimamente de aquél cuando hubiera obtenido la de obras... sino todo lo contrario, porque, precisamente, lo que dicha norma de un modo explícito da a entender, es que, como esta última licencia sólo legitima la construcción de la obra necesaria para la sede física del ejercicio de la actividad, carece de sentido que aquélla se otorgue sin conocer de antemano que el establecimiento, uso o destino específico para el que la obra se realiza legalmente podrá hacerse, ya que, en beneficio, precisamente, del administrado, debe evitarse autorizar una obra como simple medio para ejercer una actividad sin estar seguros de que será viable legalmente el ejercicio de la misma", y añade recogiendo la doctrina anterior del propio Tribunal que "incide en error manifiesto aquel que cree que una licencia de obras puede vincular para el otorgamiento de una licencia de apertura de industria no pudiendo entenderse concedida la licencia de apertura de industria por el hecho de que se hubiera otorgado licencia de obras para la edificación en que aquélla se pretende establecer, dado que, no obstante la interdependencia entre ambas licencias prevista en el art. 22.3.º del Reglamento de Servicios, el otorgamiento anticipado de licencia de obras para un edificio que, con arreglo al proyecto presentado, va a ser destinado específicamente a establecimiento de características determinadas no conlleva el necesario otorgamiento de la licencia de apertura, con mayor razón cuando esa actividad puede merecer alguna de las calificaciones contenidas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas o Peligrosas". Por tanto, no es posible entender que se posea la licencia de apertura, por el hecho de que en su día se hubiera otorgado la de obras correspondiente. 5.º Se hace también hincapié en la demanda, en el hecho de que la actividad venga funcionando, ininterrumpidamente, desde muchos años atrás. Tampoco ese argumento puede servir para que pueda entenderse que existe la necesaria licencia. En este sentido basta con recoger la cita que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988 en la que puede leerse que "el mero transcurso del tiempo no legitima ninguna actividad, cuando ésta no se ha ejercitado con pleno ajuste a Derecho". 6.º Aún cuando sobre lo que ahora nos extenderemos no se



insiste, podría pensarse que el hecho de que se hubiese pagado la tasa por licencia de apertura, condicionaría la existencia previa de la misma. Este argumento podría incluso tener apoyo jurisprudencial, así Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1988 en la que puede leerse que "en nuestro ordenamiento jurídico no se produce la obligación de pagar la tasa si la actividad o el servicio que justifican la exacción no se ha realizado de forma efectiva" si bien seguidamente se afirma que "el pago de la tasa tiene un estricto carácter fiscal y grava el simple hecho de la actividad al margen de su legalidad o ilegalidad, no implica el otorgamiento de la licencia de apertura, que constituye un acto formal de la Administración, de naturaleza y finalidad específica". Pues bien, y pese a lo aparentemente contradictorias que puedan parecer ambas declaraciones, no lo son si como sucedía en el caso a que se refiere la sentencia citada el pago de la tasa hubiese venido acompañado de una "prueba cumplida de la existencia de la previa licencia, lo que, obviamente, no sucede en nuestro caso".

7.º En cuanto a la inaplicación a la licencia que se solicita en 1983, y en la que se afirma que se conceda la licencia definitiva, sin que pese a ello conste que se hubiese obtenido una provisional, de la norma básica de la edificación NBE-CPI-81, sobre condiciones de protección contra incendios en los edificios, Decreto de 25 de junio de 1982, que modifica el de 10 de abril de 1981, tampoco puede aceptarse, porque si bien la norma 1.º apartado 1.1.2 del anexo dice que la misma es de aplicación a todos los edificios de nueva planta situados dentro del territorio del Estado español, no lo es menos que también lo es en los supuestos de reforma que implique cambio de uso o modificaciones sustanciales y aunque no sea este el caso, no puede olvidarse que al solicitarse la licencia tras la entrada en vigor de aquélla, la misma resulta de aplicación puesto que es preciso que el edificio se adapte, en la medida necesaria a la normativa vigente, más cuando se trata de un edificio que por su destino debe cumplir con toda la reglamentación existente. 8.º No procede hacer expresa condena en costas al no concurrir los requisitos de temeridad ni mala fe a que se refiere el art. 131 de la Ley jurisdiccional .»

Cuarto: Contra la referida sentencia la parte demandante interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, y, en su virtud se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, que se verificó dentro de término; y, no estimándose necesaria la celebración de vista, presentaron las partes sus respectivos escritos de alegaciones. Conclusa la discusión escrita se acordó señalar para la votación y fallo el día 22 de julio de 1992, en cuya fecha ha tenido lugar.

Fundamentos de Derecho

Primero: Los actos administrativos impugnados, de 24 de septiembre de 1987 y 16 de febrero de 1988, proceden de la Alcaldía de Sevilla y han denegado licencia de apertura al amparo del Reglamento de Actividades de 1961, solicitada por el Hotel Don Paco de aquella ciudad. La sentencia apelada ha desestimado las alegaciones del establecimiento demandante que alegaba haber solicitado por error la licencia y declara que no se ha probado que el mismo haya poseído en ningún momento licencia municipal de apertura; que ni el transcurso del tiempo ni el pago de tasas legitiman la actividad y que la licencia es necesaria con independencia de la existencia de otras autorizaciones, como la licencia de obras, afirmando, en fin, que es de aplicación la norma básica de edificación NBE-CPI-82, sobre condiciones de protección contra incendios en los edificios.

Segundo: La sentencia apelada no afirma, como alega la apelante, que una licencia de apertura exija, a semejanza del título-valor, la presencia tangible del documento que pretendidamente la incorpore. La existencia de tal licencia puede ser probada -sin duda- por cualquiera de los medios admisibles en Derecho, pero lo que ha ocurrido en este caso es que -como con toda claridad afirma la Sala a quo- no se ha probado en ningún momento dicha existencia, ni siquiera en forma de licencia provisional.

No es así prueba el simple pago de un arbitrio, derecho o tasa, como este Tribunal tiene declarado en infinidad de ocasiones (últimamente en las Sentencias de 21 de enero de 1990 y 20 de mayo de 1991), máxime cuando resulta que el pago en concepto de arbitrio de apertura, que motivó el expediente 2549/1972, resultó en este caso de un acta de invitación al pago (unida al expediente administrativo) de la que se desprende la clara inexistencia en la fecha de inspección de la licencia municipal, expresándose además que la legalización que con dicha acta se producía era sólo a efectos fiscales y dejaba a salvo el cumplimiento por el interesado de los demás requisitos reglamentarios para la licencia.

Tampoco es suficiente una autorización de la Administración turística, que ni determina el régimen especial que se invoca ni anula la potestad municipal, o la licencia de obras para la apertura del establecimiento, como razona la sentencia de instancia, a la que basta remitir para estas cuestiones, que son mera repetición de lo ya alegado ante el Tribunal a quo. Es preciso añadir, no obstante, que resulta irrelevante que se haya pretendido desistir formalmente de la petición de licencia, ya que las potestades de policía para la tutela del orden y salubridad pública no dependen del arbitrio o voluntad de los administrados, por lo que, puesta de manifiesto



la existencia de una actividad que se ejerce sin licencia, es vano discutir la plena potestad municipal para controlar y legalizar tal actividad.

Tercero: Se razona también por la apelante que el conjunto de fundamentos de hecho que ha sido puesto de manifiesto en lo actuado viene a constituir una auténtica presunción de existencia de licencia de apertura, pero del examen crítico de los mismos resultaría una presunción cabalmente contraria a la que se intenta establecer ya que, según las reglas del criterio humano, la solicitud de licencia por el director del Hotel -persona inserta en el círculo de organización y dirección del establecimiento, que trata posteriormente de atribuirse a error- y el pago del arbitrio de apertura, tras un acta de inspección de la que no resulta la existencia de licencia, son hechos plenamente acreditados que sirven de indicio para afirmar que la actividad en cuestión se ha venido ejerciendo sin la preceptiva licencia municipal.

Cuarto: Se llega así a la cuestión de la aplicabilidad de las exigencias de protección contra incendios de la norma NBE-CPI-82. Entiende la Sala que, solicitada la licencia de apertura tras la entrada en vigor del Real Decreto 1587/1982, de 25 de junio, el edificio debe someterse a las exigencias vigentes en el momento de la solicitud, como han exigido las autoridades municipales en cumplimiento de las responsabilidades que les atribuye el art. 4.º del 2.738 Real Decreto 2059/1981, de 10 de abril, sin que sea obstáculo a ello el apartado 1.1.2 de las condiciones de protección contra incendios de edificios ya que -a los efectos de seguridad contra incendios, que aquí interesan-el edificio debe ser considerado como de nueva planta, al no haber sido sometido aún al control específico establecido en prevención de tal riesgo. Sin que tampoco quepa alegar en este caso -como si existiese una especie de derecho adquirido a las condiciones de seguridad de la normativa anterior- desproporción en las exigencias dimanantes de la citada norma básica de edificación (detalladas en el escrito de servicio contra incendios del Ayuntamiento de 2 de junio de 1986) que consideramos plenamente adecuadas dada la naturaleza del establecimiento, los riesgos que se pretenden evitar y, en fin, la naturaleza misma de la actividad, que justifica su sumisión a las denominadas autorizaciones de funcionamiento, sometidas siempre a la condición implícita de tener que ajustarse a las exigencias de interés público.

Quinto: Procede, en virtud de lo expuesto, confirmar la sentencia de instancia, cuyos fundamentos acepta la Sala en lo esencial, sin que apreciemos razones que, en aplicación de lo establecido en el art. 131.1.º de la Ley reguladora de este orden jurisdiccional justifiquen una expresa imposición de costas.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don José Sánchez Jáuregui, en representación de la entidad "López Gaviño, S. A.", contra la Sentencia dictada el 3 de noviembre de 1989 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Julián García Estartús.-Mariano Baena del Alcázar.-Jorge Rodríguez Zapata Pérez.-Rubricados.

Publicación: La sentencia anterior fue leída y publicada, en audiencia pública, por el Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, Magistrado Ponente en estos autos, lo que como Secretario, certifico.