

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE PUESTA EN FUNCIONAMIENTO. BAR.

Anulación de condición particular. Horario musical.

Eliminación de la condición particular del horario de las fuentes reproductoras de sonido.

Remisión al horario general.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En Zaragoza, a quince de marzo de dos mil diez.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez Contencioso Administrativo nº 002 habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Ordinario nº 325/2009 Sección AT, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente E.,S.L. representada por la Procuradora Dña. M.N.J. y por la Letrada D^a S.B.D. y de otra Excmo. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procura Dña. N.C.A. y defendido por el Letrado M.M., sobre licencia, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de entrada Registro del Juzgado Decano, 22-7-09, se interpuso Procuradora Sra. N.J., en nombre y representación de E.,S.L, recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 09.06.09 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por E.,S.L. contra el Acuerdo del Consejo Municipal de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 05.05.09.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en Autos.

TERCERO.- Que mediante Auto de fecha 11-11-09, se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada y superior a 18.030,36 euros.

Recibido el procedimiento a prueba, por la parte demandante se propuso prueba documental y pericial, aportada con el escrito de demanda, que fue admitida y declarada pertinente. Por la parte demandada no se propuso medio probatorio alguno.

Finalizado el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados por las partes y quedando los Autos a disposición de S.S^a. conclusos para dictar Sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo

de 9-6-2009 que confirmó en desestimación de recurso de reposición, la de 5-5-2009 que habla concedido licencia de funcionamiento respecto del establecimiento M. de la calle María Zayas Sotomayor 2-4, Bar Grupo I, sin equipo de música, impugnada en cuanto a la condición que había establecido de que las fuentes reproductoras de sonido deberían de apagarse a las 23 horas, excepto viernes y vísperas de festivo, que podrían tener lugar a las 0,00 horas.

Se alega que no se le puede aplicar la limitación del art. 32.1.b de la Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones, aprobada el 31-10-2001, BOP de 5-12-2001, sino que le es aplicable el párrafo c, por lo que podría mantener encendido el aparato reproductor de música hasta la hora de cierre, alegándose también falta de motivación.

SEGUNDO.- El fondo del asunto se constriñe a determinar si, con dichas características, puede mantener encendidas las fuentes reproductoras de sonido hasta la hora de cierre o, por el contrario, puede el Ayuntamiento limitarlas a las 23 horas.

Tal cuestión ya se resolvió en el PO 329/2004, en el que se planteaba exactamente la misma limitación horaria. En la Sentencia de 9-2-2005, PO 329/2004 se decía lo siguiente:

“CUARTO.- En relación con el fondo del asunto, debe de examinarse si el Ayuntamiento tiene competencia para regular horarios de locales o de uso de aparatos de sonido. La Orden de 23-11-1977 dice “Los espectáculos y fiestas terminarán y los establecimientos públicos cerrarán, como máximo, a las horas señaladas en el siguiente cuadro, que coincide sustancialmente con el de la Orden ministerial de 11 de junio de 1975” lo que indica que se trata de un horario máximo, sobre el cual pueden incidir los horarios de apertura según se utilicen o no fuentes sonoras o las limitaciones al uso de las mismas u otro tipo de consideraciones y como pueda serlo la protección de la zona histórica, etc.

En cuanto a la limitación no en el horario de cierre sino en el de utilización de las fuentes de reproducción de sonido, la competencia del Ayuntamiento viene dada por las competencias en la protección medioambiental del art. 25.2.f de la Ley de Bases de Régimen Local, e incluso en las de salubridad pública, letra h de tal precepto, en cuanto es clara la incidencia en la salud de las emisiones excesivas de ruidos. Precisamente por ello la Ordenanza citada regula los horarios de apertura o de uso de la fuente de sonido en relación con el nivel de protección contra el ruido, siendo menos exigente en horas diurnas, en que el ruido ambiente es mayor y no son de ordinario horas de descanso.

A tal respecto, el art. 32 de la Ordenanza vigente de Ruidos y Vibraciones regula el nivel de aislamiento acústico y niveles de emisión, y en concreto fija, en relación con los horarios, a) un aislamiento de 50 dB para horario “diurno” de 8,00 a 22,00 horas, b) uno de 56 dB para las que funcionen de 22:00 a 8:00 (con D125 mínimo de 50 dB), en las que se dice que los aparatos de televisión y equipos de música solo podrán con niveles sonoros máximos de 83 dB(A), medidos a tres metros de los altavoces y “hasta las 23.00 horas, de domingo a jueves ambos inclusive, y hasta las 0.00 horas en viernes, sábado y vísperas de festivo”. Finalmente, en el punto c), exige un nivel de insonorización de 63 dB (con D125 mínimo de 57 dB) para las actividades con equipo de música o que desarrollen actividades musicales y de 36 dB (con D125 mínimo de 30 dB) en la fachada.

En el caso presente, el Ayuntamiento argumenta que al tratarse de una cafetería, ubicada en el grupo I de la ODM, viene interpretando que se le debe de aplicar el punto b, mientras que el punto c se aplicará a las de los grupos II y III.

Debe rechazarse la interpretación del Ayuntamiento, en cuanto carece de fundamento legal alguno tal distinción. El grupo puede determinar el horario de apertura, según la O 23-11-1977, así como la aplicación de la OMDM, pero lo que carece de apoyo normativo es que si está en tal o cual grupo, cualquiera que sea su insonorización se le deba de aplicar la limitación horaria del punto b para los aparatos de música, destinada a proteger a los vecinos, a los que en última instancia lo que les interesa es que no les moleste el ruido, cualquiera que sea el tipo de establecimiento que lo produzca. Por ello, la Ordenanza de ruidos no dice tal cosa, sino que esa limitación se aplicará, siempre en relación con los edificios del párrafo 1, es decir los edificios habitados, para cuya protección se prevé una garantía de un

determinado tipo de aislamiento. Si el mismo se cumple, cualquiera que sea el grupo y el horario de apertura al que tenga derecho, se debe de permitir el horario del párrafo 2. Lo contrario supondría invadir la competencia de la DGA, ya que por vía interpretativa se estaría usurpando la que aquella tiene en regulación de horarios, mezclaría cuestiones que atañen al orden público de un lado y al medio ambiente y la salud de otro y pervertiría la finalidad del precepto, que es evitar a determinadas horas la inmisión de ruido en las viviendas, cosa que se hace bien limitando el horario de apertura, bien el de uso de aparatos bien ampliando la insonorizan. Por tanto, la motivación dada es incorrecta.

La situación no ha cambiado con la promulgación de la Ley 11/2005, que sustituye a la vieja regulación de 1977, ya que si bien es cierto que puede establecerse limitaciones por el Ayuntamiento, ello habrá de hacerse por norma y no por medio de unos criterios interpretativos que no resuelven una cuestión dudosa, sino que imponen una restricción inexistente en la Ordenanza que, como ya se ha visto, tiene por objeto la protección del medio ambiente y la salud, desligada de las cuestiones horarias, pues lo relevante es que se produzca una efectiva limitación o control de las emisiones de ruido y de las inmisiones en las viviendas, lo cual tiene lugar en función de los niveles de insonorización y de los límites en la capacidad de las fuentes reproductoras, no en función de las horas, pues el establecimiento de la recurrente produce la misma molestia e inmisión a las 23 horas que a la 1. En concreto, el art. 10.d de la Ley 11/2005 dice: “mediante el planeamiento urbanístico o las ordenanzas y reglamentos municipales respecto de la instalación, apertura y ampliación de licencia de los establecimientos públicos sometidos al ámbito de la presente Ley, de acuerdo con lo establecido en la misma y en el resto del ordenamiento jurídico aplicable”.

En el supuesto reseñado se desestimó la demanda, estando pendiente de resolverse la apelación, pero porque el establecimiento en cuestión no cumplía con los requisitos del párrafo c del art. 32.1 de la Ordenanza.

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de este Juzgado de 8-2-2008, PO 351/2007.

El Ayuntamiento insiste en su contestación en ligar la cuestión al tipo de licencia pedida y al hecho de que es un bar sin equipo de música, sin tener en cuenta que eso es una simple denominación y que dicha clasificación permite, según la propia normativa municipal, aparatos con niveles sonoros máximos de 83 dB (A), siendo lo relevante que el local tenga la insonorización mínima, y, si la tienen, no hay motivos para limitar los horarios de funcionamiento de los aparatos en relación al horario máximo de apertura, pues está garantizado que no producirán molestias con dicha insonorización. En la práctica, parece que el Ayuntamiento está rectificando dicho criterio, que era meramente interpretativo, según resulta de los documentos aportados con la demanda, especialmente del de 22-9-2009 que rectificó un error en relación con el G.C.Z., en Puerta Cinegia, al que eliminé la restricción del equipo de música a las 23 horas.

En el caso presente, y según se constata en el certificado del Proyecto aportado, sí que se cumple con los requisitos del 32.1.c, esto es, un aislamiento mínimo de 63 dB (con un mínimo de 57 dB a 125 Hz), por lo que tiene derecho a tener las fuentes reproductoras de sonido en funcionamiento hasta la hora de cierre, por lo que debe de estimarse el recurso.

TERCERO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA, al no haberse apreciado temeridad o mala fe.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por E.,S.L. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 9-6-2009 que confirmó, en desestimación de recurso de reposición, la de 5-5-2009 que había concedido licencia de funcionamiento respecto del establecimiento M. de la calle María Zayas Sotomayor 2-4, Bar Grupo I, sin equipo de música, impugnada en cuanto a la

condición que había establecido de que las fuentes reproductoras de sonido deberían de apagarse a las 23 horas, excepto viernes y vísperas de festivo, que podrían tener lugar a las 0,00 horas, debo anular y anulo ambas resoluciones, dejándolas sin efecto y declarando el derecho de la recurrente a tener en funcionamiento las fuentes reproductoras de sonido hasta la hora de cierre, eliminado la condición particular mencionada de la licencia, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.