
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 42/2002-BM
Sentencia nº 125 (09-07-2002)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE APERTURA. DENEGACION. ACTIVIDAD DE BAR.

Orden de cierre y precinto de local.

Falta subsanación de deficiencias.

Ordenanza de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Juan Carlos Zapata Híjar

En Zaragoza, a nueve de julio de dos mil dos.

D. Javier Albar García, Magistrado-Juez de Contencioso/Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Procedimiento Ordinario 42/2002-BM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente C. 5 S.L., representada por el Procurador Sr. I. G. y de otra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por el Procurador Sr. P. A. sobre Resolución denegatoria de apertura solicitada y orden de precinto de local.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Que mediante escrito de fecha 06-02-02 se interpuso por C. 5 S.L. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación: Resolución de fecha 16-11-01 dictada por la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, notificada el 18-11-01 que acuerda denegar a C. 5 S.L. licencia de apertura solicitada y ordena el precinto del local. Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. 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 12-04-02 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– Se recurre la resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de 16-11-2001 que denegó la licencia de apertura solicitada para la actividad de bar por falta de subsanación de las deficiencias observadas en el informe de la Inspección de 21-7-1999, y declaró que por estar situado en la Zona Saturada C y serle de aplicación la modificación de la Ordenanza de Distancias Mínimas aprobada por Acuerdo Plenario de 27-10-2000 y publicada en BOA de 19-1-2001, se le imposibilitaba el ejercicio de la actividad con carácter definitivo, de conformidad con lo preceptuado en el apartado segundo de dicho Acuerdo.

Por la recurrente se alega que no se cumplió el deber de audiencia, que la Disposición Adicional de la citada Ordenanza no es de aplicación por no afectar el régimen transitorio y que en realidad se había cumplido el informe de 21-7-99. Se solicita que se declare que la citada DA no prohíbe el otorgamiento de la presente licencia, que no se impide la tramitación del expediente de aislamiento acústico, que se declare cumplidas las prescripciones del citado informe de 21-7-99, ordenando la expedición de la licencia y, subsidiariamente a esto último, que se retrotraigan los efectos al momento anterior al informe de 22-3-2001 para que se dé trámite y califique el proyecto de aislamiento, se aclare en que consisten los puntos 20 y 50 del informe de 21-7-1999 y que se dé posterior audiencia.

SEGUNDO.– Con relación a la primera cuestión, esto es, si se incumplió el deber de dar trámite ante el informe de 22-3-2001, que introducía una solicitud nueva que no se pedía y que consideraba incumplidos los requerimientos, así como ante el informe jurídico de 24-8-2001, que introducía un nuevo factor, la imposibilidad de dar nueva licencia de insonorización e, incluso, ante la propuesta de resolución, que no sólo proponía denegar la licencia de apertura por no cumplir con los requerimientos sino que se pronunciaba sobre el carácter definitivo de la denegación, en cuanto estaba afectada por la Ordenanza de Distancias Mínimas e impediría el pedirse una nueva licencia.

El art. 84 de la ley 30/1992 establece la obligación de dar trámite de audiencia una vez finalizado el expediente y antes de dictar la propuesta de resolución, siendo obvio que no se dio traslado ni sobre el informe de 22-3-2001 ni sobre el de 24-8-2001, con lo cual se incumplió formalmente el deber de dar audiencia. En cuanto a si la misma es susceptible de ser anulada, el art. 63.2 de la ley 30/1992 exige que se produzca indefensión. Sobre la indefensión es especialmente relevante la jurisprudencia que se ha pronunciado en materia sancionadora, por ser la más exigente, y al respecto conviene traer a colación la sentencia del TC 246/2000 de 16-10, que cita otras muchas anteriores cuando dice «es igualmente doctrina constitucional reiterada que, en el proceso constitucional, sólo procede entrar en el examen de la queja de amparo fundada en la eventual lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que se reconoce en el art. 24.2 CE cuando la falta de práctica de la

prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun cuando admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo, 59/1991, de 14 de marzo, 357/1993, de 29 de noviembre, 131/1995, de 11 de septiembre, 1/1996, de 15 de enero) puesto que el ámbito material protegido por el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTC 1/1996, 170/1998 y 37/2000, por todas).

Por esta razón hemos precisado también que la tarea de verificar si la prueba es «decisiva en términos de defensa» y, por ende, constitucionalmente trascendente, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen «ex officio» de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. Exigencia de acreditar la relevancia de la prueba denegada que se proyecta en un doble plano. De una parte, el recurrente ha de demostrar en esta sede «la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas» (STC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3, y en idénticos términos, aunque relativos a las pruebas no practicadas, se pronuncia también la STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas). Y de otro lado, quien en la vía del amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse admitido y practicado la prueba objeto de la controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, 147/1987, de 25 de septiembre, 50/1988, 357/1993 y 1/1996, por todas), ya que sólo en tal caso —comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado—, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, FJ 3; 170/1998, FJ 2, y 37/2000, FJ 3)», habiéndose hecho parecidas consideraciones por este Juzgado en numerosas ocasiones, normalmente referidas al procedimiento sancionador pero trasladables a otros procedimientos como el de concesión de licencias, siempre con base en una doctrina «material» sobre la indefensión, en la que si bien no es preciso acreditar con plena seguridad que hubiera sido diferente el pleito —en cuyo caso se estaría trasladando al momento judicial la determinación de la necesidad de prueba, o del trámite que sea, que debe ventilarse en vía administrativa, con el consiguiente efecto de justificar «a posteriori» la no celebración de pruebas en vía administrativa, cualquiera que fuese el motivo o justificación para ello, o el incumplimiento de los deberes de dar traslado o audiencia pues la negativa se justificaría siempre en el acierto de la decisión, que no se determinaría hasta la vía judicial— sí que es necesario demostrar que habría habido posibilidad de que hubiesen cambiado las cosas.

TERCERO.— Entrando en este aspecto, con lo cual en realidad ya examinaremos la primera de las alegaciones de fondo, la de que se habían cumplido los requerimientos, por el letrado municipal, con relación al requerimiento de 21-7-1999, cuyo incumplimiento habría sido determinante para la denegación de la licencia, se acepta como cumplidos los puntos primero, relativo a la ventilación de los servicios, y cuarto, relativo a las características del equipo municipal. A ello hay que sumar que el informe de la Inspección de 22-3-2001 entendió cumplido el punto tercero, relativo al grado de aislamiento acústico según lo reflejado en el art. 28. Queda, por tanto, la discrepancia sobre los puntos segundo, relativo a la medición de las tres fuentes principales de emisión de ruido, como son el equipo musical, la máquina de aire acondicionado y los extractores, así como el certificado de ignifugación del art. 20.1 del Reglamento de Policía y Espectáculos, aprobado por el RD 2816/1982 de 27 de agosto.

En cuanto a lo primero, se midió la emisión del equipo musical según consta en el certificado de 9-2-2001 de Angel Calvo García, al decirse que se había instalado un limitador de 80 dbA para conseguir un máximo de inmisión de 30 dbA en el piso superior, cumpliendo con el art. 34 de la Ordenanza Municipal para la Protección del Ruido y Vibraciones, con lo cual en ese aspecto se había cumplido. En cuanto a la medición del extractor y del equipo de aire acondicionado, cierto es que no consta la misma, pero es evidente que, dado que se refiere a aparatos normalmente no excesivamente ruidosos, así como que se afirmaba en el certificado que se había evaluado el ruido del mencionado local, que su ausencia se debía a una omisión involuntaria, que era fácilmente subsanable, por lo que de haberse puesto de manifiesto el informe o aclarado que en concreto faltaba la medición de dicha fuente de emisión de ruidos, se podría haber completado el certificado, presentándose el que se ha aportado como documento 2 de la demanda, en el que se ha procedido a dicha medición. Es decir, igual que se había llevado a cabo por el técnico el informe de febrero de 2001, si se hubiese aclarado qué aspecto no se cumplía, podría haberse completado, ya que no estamos ante un problema de falta de realización de unas modificaciones, sino de aportación de unos datos.

En cuanto al punto 5, el más conflictivo, parece que el problema radica en que no se aportó certificación completa sobre el procedimiento de ignifugación y sobre el periodo de envejecimiento de las condiciones ignífugas, tal y como exige el art. 20.1 del Reglamento de Policía de Espectáculos. De principio hay que decir que no es que se haya incumplido absolutamente la obligación de aportación del certificado, sino que hay una documentación insuficiente, limitándose el informe de 22-3-2001 de la Inspección a decir que se ratifica en el punto 5º, cuando debería de haber concretado el aspecto insuficiente de la documentación aportada. Por otro lado, el testigo J. C. M. Y, legal representante de D., S.L. manifestó que habitualmente no se suele certificar sobre la eficacia del material. Es decir, nos encontramos con una exigencia rigurosa de documentación que no sólo no se tiene por válido o suficiente sino que tampoco se concreta por qué y, sobre todo, no se da la posibilidad de subsanarla, cosa que habría ocurrido si se hubiera dado la correspondiente audiencia sobre el informe

de la Inspección de 22-3-2001. Con ello, se ha producido una clara indefensión en la medida en que, tras 8 años desde que se pidió la licencia de apertura, la misma se deniega por no haberse aportado la documentación completa requerida sin que se diga cuál es la carencia y sin que se dé oportunidad de subsanarla o alegar sobre ella, lo cual sólo habría demorado la resolución del expediente unos días.

Por otro lado, no se informó sobre la necesidad de aportación de declaración jurada sobre el compromiso de no sobrepasar los 80 dbA de emisión del equipo musical, por lo que este requisito no sería en modo alguno exigible.

En consecuencia, hay motivos más que suficientes para anular la resolución por la indefensión producida, siendo obvio que de haber sido dada la audiencia que se reclama el resultado habría sido o podido ser, con grandes posibilidades, diferente.

CUARTO.— En cuanto a si se puede otorgar la licencia, hay que examinar si, tras las aclaraciones hechas y pruebas aportadas en el procedimiento se cumplen los requisitos para su obtención, y en concreto el requerimiento de 21-7-1999.

En primer lugar, debe tenerse por cumplida la exigencia relativa a la medición de la emisión de ruido de los aparatos de aire acondicionado y extractores, según documento 2 de la demanda, habiéndose cumplido desde un principio la de la emisión del aparato de música y la del aislamiento.

En cuanto a la ignifugación, también consta acreditado lo que se reclamaba en el punto 5 del informe de 21-7-1999, es decir, que se ha practicado la misma, que se ha llevado a efecto con barniz Kristal M-1 y que dicho material es ignífugo por sí mismo, según el informe de E., y como se desprende del hecho de que sea M-1. Según dicho informe, la sigla M-1 significa que el material es ignífugo por sí, sin que pierda tal cualidad con el tiempo, lo cual, además, nos da otra clave con relación a la teórica ausencia del certificado de envejecimiento, pues al haberse informado que se trataba de material M-1 con ello se estaba diciendo que no envejecía en cuanto a sus condiciones ignífugas, lo cual cuestiona más, si cabe, la decisión tomada por el Ayuntamiento, ya que aun cuando explícitamente no se dijese en el certificado que se aportó que los efectos eran permanentes, al hacer referencia a su característica M-1 ya se estaba diciendo, y tal vez ello explique que no se requiera en otras ocasiones concreto certificado sobre el envejecimiento. Por otro lado, se ha aclarado por el representante de D., S.L. que la pérdida de capacidad ignífuga no viene dada por el envejecimiento del material, sino por la pérdida del mismo como consecuencia del roce, lo que requiere que cada pocos años se «rebarnicen» las superficies más desgastadas por el roce.

Por tanto, en relación con el cumplimiento del requerimiento de 21-7-1999 que obra en folio 107 y 108 del expediente, se ha cumplido el mismo, habiéndose aclarado las dudas u omisiones que pudiera haber habido, que son menos, como se ha visto en relación con el certificado de ignifugación, de las que consideró el Ayuntamiento y que en cualquier caso debió darse lugar a que se acla-

rasen o completasen. Sin embargo, ello no es suficiente como para que se le reconozca el derecho a la licencia, sino que debe de retrotraerse el expediente a fin de que, teniéndose por bien cumplimentado tal requerimiento, por el Ayuntamiento se indique si se han cumplido las exigencias normativas en cuanto a la suficiencia de la ignifugación, puesto que, al margen del Reglamento de Policía de Espectáculos, deben de cumplirse el resto de las normas, tanto la antiincendios, desconociéndose, por ejemplo, si se cumplen todos sus requisitos, como la relativa a la necesidad de licencia para la realización del aislamiento acústico.

QUINTO.– En cuanto a si puede afectar la Modificación de la Ordenanza de Distancias Mínimas a la solicitud de licencia, en cuanto se dispone en la Disposición Adicional que si se ha declarado saturada una zona, como aquella en la que está ubicado el local, no se puede solicitar nuevas licencias debe distinguirse entre la licencia de apertura, que no tiene ningún problema, en cuanto se solicitó con anterioridad a la modificación de la ordenanza que entró en vigor el 8-2-2001, y la licencia para la realización o mejora del aislamiento acústico, que en realidad ya se ha hecho, y que se pidió en marzo, después de la citada entrada en vigor. Respecto de la misma, el Ayuntamiento dice que no puede concederse licencia, lo cual conllevaría la denegación de licencia de apertura y, por ello, la pérdida de la posibilidad de obtenerla en el futuro, en cuanto las nuevas peticiones de licencia se verían ya afectadas por la citada Ordenanza. Sin embargo, no puede compartirse tales conclusiones, por dos motivos:

En primer lugar porque la Disposición Adicional introducida en dicha modificación lo que impide es el otorgamiento de licencias para ampliación de las actividades existentes o para nuevas actividades, pero en modo alguno prohíbe pedir licencia cuando se trate de hacer modificaciones que estén destinadas a la misma actividad, y menos cuando tengan por objeto cumplir la normativa o incluso adaptarse a nuevas normativas más exigentes. Precisamente el letrado consistorial alega una sentencia, la de 4-2-2000 del TSJ de Canarias (Las Palmas) en la que se habla de la posibilidad de establecer nuevas exigencias o controles, por lo que si pueden establecerse éstos, lógicamente se debe de permitir que puedan hacerse obras o instalaciones nuevas destinadas a ello, sin que se contradiga con ello esta Ordenanza, siempre que la actividad y las dimensiones del local sean las mismas. Por ello, cuando se dice en la DA mencionada que la prohibición de otorgamiento de licencia alcanza a las actuaciones para las que se precise licencia de apertura conforme al Reglamento de Policía de Espectáculos, es claro que se refiere a actuaciones que precisen una licencia autónoma, mientras que en nuestro caso se trata de la licencia de instalación del aislamiento, que está destinada a una licencia de apertura a la que se tenía derecho, con independencia de la declaración de zona saturada, por la fecha de solicitud. Es más, tal modificación de la Ordenanza se produjo para salir al paso de la posibilidad de que, tras tener una licencia de apertura, se solicitasen licencias posteriores para ampliar los locales o para nuevas actividades dentro del mismo.

En segundo lugar, porque la Disposición Adicional se debe de interpretar en conjunto con toda la Ordenanza. Esta tiene por objeto establecer una cierta distribución territorial de las actividades que puedan resultar molestas, sobre todo si se concentran, no obstante lo cual el art., 9.1 permite la subsistencia de aquellas que ya tengan licencia aun cuando no cumplan los requisitos de la Ordenanza. Es decir, se respetan los derechos adquiridos, admitiéndose incluso que se realicen modificaciones que no impliquen aumento de superficie. Por su lado, el art. 14 establece la posibilidad de declarar Zonas Saturadas respecto de ciertas actividades, lo cual supone la prohibición de conceder nuevas licencias aunque las que se pretendan pudieran cumplir con los requisitos de distancias. Sin embargo, de ello no se deduce que el tratamiento de las que, estando en zonas no saturadas no cumplen distancias pero son anteriores y de las que estén en zona saturada pero sean anteriores haya de ser sustancialmente diferente, pues en ambos casos estamos ante una situación fáctica que ha obtenido un derecho, o estaba en condiciones de obtenerlo, con anterioridad a la Ordenanza o a la declaración de zonas saturadas conforme a la Ordenanza. La única diferencia real entre uno y otro caso viene dada por la DA, ya que mientras el 9.1 permite realizar ampliaciones e incluso nuevas actividades, si se cumplen las condiciones del 8.1 B y C (admitiéndose incluso que se pidan para nuevas actividades si se cumplen, para éstas, las distancias), la DA no las permite. Sin embargo, de ello no se sigue, según se ha dicho, que no se permita realizar modificaciones que, sin implicar ni cambio de actividad ni ampliación de la existente, exijan nuevo proyecto y licencia, siempre que estén destinadas a cumplir con los requisitos exigidos para la actividad, como es el caso, o a adaptarse a nuevas exigencias.

En consecuencia de lo anterior, procede tramitar la licencia relativa al aislamiento acústico, sin que pueda oponerse a dicha tramitación la existencia de la DA de la Ordenanza de Distancias Mínimas y, si se concede, legalizando con ello la actual insonorización del local, debe proseguirse con la tramitación de la licencia de apertura, teniendo por cumplidas las exigencias del informe de 21-7-1999.

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

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por C. 5 S.L. contra la resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de 16-11-2001 que denegó la licencia de apertura solicitada para la actividad de bar por falta de subsanación de las deficiencias observadas en el informe de la Inspección de 21-7-1999, y declaró que por estar situado en la Zona Saturada C y serle de aplicación la modificación de la Ordenanza de Distancias Mínimas aprobada por Acuerdo Plenario de 27-10-2000 y publicada en BOA de 19-1-2001, se le imposibilitaba el ejercicio de la actividad con carácter defini-

tivo, de conformidad con lo preceptuado en el apartado segundo de dicho Acuerdo, resuelvo:

1) Anular la resolución recurrida, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a dictar la propuesta de resolución, teniendo por cumplidos los cinco requerimientos contenidos en el informe de 21-7-1999, debiendo volver a dictarse resolución una vez haya recaído pronunciamiento sobre la licencia relativa a la insonorización del local.

2) Declarar el derecho a que se le tramite la licencia sobre insonorización del local sin que la Disposición Adicional de la Ordenanza de Distancias Mínimas redactada por el Acuerdo Plenario de 27-10-2000 le sea oponible a la recurrente, al no tratarse de una ampliación de actividad ni de nueva actividad ni de otra actuación cuya licencia se impida por dicha DA.

No procede hacer expresa condena de las costas del recurso.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación.

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