

**TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA**

LICENCIA DE APERTURA. PUB CON EQUIPO DE MÚSICA.

Condición particular de la licencia en la que se fija el horario en que puede funcionar el equipo musical.

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a trece de mayo de dos mil ocho.

El/La Sr/a. D/ña. JAVIER ALBAR GARCIA, MAGISTRADO-JUEZ de Contencioso/Administrativo nº 2 de ZARAGOZA y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 185/2007-SECCION B/D seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D/ña. E.M.B. S.L., representada por la Procuradora Sra. C.I., asistida del Letrado D. A.L.C. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora Sra. C.A., asistida del Letrado D. F.R.T., sobre LICENCIAS; y

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que mediante escrito de fecha 11-4-07 se interpuso por E.M.B.S.L. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación: *“Acuerdo de 23/7/07 del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo que otorga Licencia de Apertura al recurrente, para la actividad de PUB, Grupo I, con equipo musical denominado N.B. en General Sueiro de esta capital, únicamente en lo relativo al APARTADO PRIMERO de tal Acuerdo y la consiguiente CONDICION PARTICULAR primera que fija el horario en que puede funcionar el equipo musical. (exp. 3.030.250/91, 3.001.370/88, 38.178/86, 60.328/86)”*.

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, y a continuación se dió traslado a la codemandada, la cual presentó escrito manifestando que se apartaba del procedimiento.

**TERCERO.-** Que mediante Auto de fecha 23-01-08 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada, recibándose el pleito a prueba y practicándose la admitida y declarada pertinente con el resultado que obra en Autos. Asimismo, se tuvo por apartado del procedimiento a la codemandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE CALLE SAN VICENTE MARTIR de esta capital.

A continuación se dio traslado a las partes por su orden para el trámite de conclusiones, habiéndose presentado escritos que obran en Autos.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se recurre la resolución de 23-01-2007 del Consejo de

Gerencia Municipal de Urbanismo que otorgó licencia de apertura al local denominado N.B. en la calle General Sueiro para bar con equipo de música y en la que se establecía como limitación al funcionamiento del aparato de música la de las 23 horas de domingo a jueves y la de las 0,00 horas los viernes, sábados y vísperas de festivo.

Se alega que el bar tenía licencia de pub o bar especial, así como que tiene derecho a que la música funcione todo el tiempo, puesto que tiene suficiente aislamiento.

**SEGUNDO.-** Con relación a lo primero, el recurrente afirma que tenía dicha licencia de bar especial, pero ello no es así. En el folio 27 del expediente 303.025/91 consta que la licencia, de 7-6-91, era de *“legalización acondicionamiento e instalación bar con equipo musical”*, con horario limitado a 23 horas en verano y 22 en invierno. Tal licencia no consta recurrida. En consonancia con ella, el 26-7-1991, se concedió licencia de apertura para café-bar.

La solicitud de cambio de licencia, efectivamente, tiene un carácter reglado, sin perjuicio de que la misma puede permitir al Ayuntamiento exigir el ajuste a ciertos cambios normativos, como se dijo en el PO 282/2007, en concreto en aquel caso respecto a la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones de 2001, en cuya DT Segunda, se dice que la totalidad de las prescripciones *“será exigible en los supuestos de ampliación, modificación, cambio de titularidad, uso o actividad”*.

En el caso presente, por tanto, y por más que se haya podido pagar tasas como bar de categoría especial por más que en la solicitud de cambio de titular se hiciese constar que era de tal tipo, no se puede obtener la modificación de la licencia, obteniendo una categoría que nunca se ostentó, lo cual, además, exigiría pasar por la verificación de que no infringe la respectiva declaración de Zona Saturada. Por tanto, era un bar con equipo de música del Grupo I, sin que el hecho de tener un aparato superior a los 85 dB que marcaba la Ordenanza de Distancias Mínimas altere tal hecho, puesto que en su caso a lo que puede dar lugar es a una limitación del mismo por algún aparato, pero no puede dar lugar al reconocimiento de dicha categoría. Es más, ocurre a menudo que el local se ajuste a determinadas características de una determinada categoría, pero no a todas, y en ese caso siempre se le puede reconocer la categoría inferior, si la parte lo pide, pero nunca la superior, que exige el cumplimiento de todas las exigencias.

Como nunca ha ostentado categoría especial, es evidente que no tiene por qué anularse o revisarse la misma conforme a los procedimientos previstos en la Ley 30/1992, sino que su efecto es que la transmisión no puede tener mayor contenido que el que tiene la licencia inicial.

Por tanto, debe rechazarse tal pretensión.

**TERCERO.-** Distinta es la conclusión a que se ha de llegar respecto de la otra cuestión. Se ha acreditado por el informe presentado en Autos, emitido por J.A.A.U., a solicitud, por cierto, de la Comunidad de Propietarios afectada, que tiene un aislamiento de 67,3 dB y que el aislamiento acústico a 125 Hz es de 59.6 dB, confirmando, por otro lado, con alguna pequeña diferencia, el informe de A.C. de 23-8-2006, folios 63 a 72 del expediente.

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 los 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 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 visperas 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 insonorización. 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 caso presente, por el contrario, y según se ha visto en el fundamento*

anterior, sí que se cumple con los requisitos del 32.1.c, esto es, un aislamiento mínimo de 63 dB, tiene 67,3 ( con un mínimo de 57 dB a 125 Hz, teniendo 59,6), 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, tal y como, para caso muy similar, se apreció en el PO 351/2007.

**CUARTO.-** 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 parcialmente el recurso interpuesto por “E.M.B. SL” contra la resolución de 23-1-2007 del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo que otorgó licencia de apertura al local denominado N.B. en la calle General Sueiro para bar con equipo de música y en la que se establecía como limitación al funcionamiento del aparato de música la de las 23 horas de domingo a jueves y la de las 0,00 horas los viernes, sábados y vísperas de festivo, debo anular y anulo la misma en lo relativo a la condición particular que limita el horario de funcionamiento del equipo musical, que podrá funcionar todas las horas que esté abierto el local.

No hay lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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