

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DE SUSPENSIÓN TEMPORAL. LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO Y CLAUSURA.

Facultad no sancionadora y si de intervención. Incumplimiento condiciones licencia, existencia.

Prueba, informes municipales y el propio pericial no desvirtuado por otra pericial del recurrente.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza a 27 de Junio de 2008, vistas las presentes actuaciones, por Concepción Gimeno Gracia, Magistrada-Juez de este juzgado; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: D. L., representado por la Procuradora Sra. D^a A. y defendido por la Letrado Sra. D^a M.

Demandado: Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Sra. D^a N. y defendido por el Letrado Sr. D. E.

Codemandado: Comunidad de Propietarios Avda. César Augusto 64, representado por la Procuradora Sra. D^a M. y defendida por el Letrado Sr. D. J.

SEGUNDO.- Actuación recorrida:

Resolución de 30 de enero de 2007, por la que se resuelve estimar el recurso potestativo de reposición contra el acuerdo del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 28 de marzo de 2006, interpuesto por D. S., suspendiendo temporalmente la licencia de funcionamiento para la actividad de Chiken-Bar (Grupo I, con hilo musical), sita en la Avda. César Augusto, número 64, cuyo titular es D. L., y clausurar el establecimiento objeto de la citada actividad hasta que no se acredite la correcta adaptación a las condiciones en las que se otorgó la licencia de apertura.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte Sentencia estimatoria de la demanda, por la que se anule la resolución recurrida, por no ser ajustada Derecho.

CUARTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

Solicita se dicte Sentencia por la que se desestime en su integridad la demanda interpuesta, confirmando la adecuación al Ordenamiento Jurídico, del acto administrativo recurrido. Por la codemandada personada, se solicita el dictado de una Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto, declarando no ser conforme a derecho el acto administrativo impugnado, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y con imposición de costas a la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como motivos de impugnación frente a la actuación administrativa recurrida, opone la parte actora:

1-Inexistencia de infracción o incumplimiento de la resolución.

2-Nulidad de la resolución.

3-Cumplimiento formal de los requisitos exigidos por la licencia de apertura.

SEGUNDO.- El artículo 46.3 del RD 2816/1982, Reglamento General de

Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, establece en su artículo 46:

“Artículo 46

1. El incumplimiento de los términos en que se conceda la licencia solicitada, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 43 determinará, sin perjuicio de las responsabilidades de orden penal o administrativo en que pueda incurrirse, la revocación de la licencia concedida.

2. Igualmente podrá revocarse la licencia si varían sustancialmente las características, condiciones y servicios e instalaciones del local de forma tal que se pongan en peligro la higiene y seguridad pública o de las personas que accedan o presten sus servicios en el mismo.

3. Si, en el caso a que se refiere el apartado anterior, las modificaciones indicadas no parecen susceptibles de originar los riesgos aludidos, y se consideran subsanables o reparables, se suspenderá temporalmente el funcionamiento de la sala hasta que se remedien las causas que lo motiven.

4. A efectos de lo determinado en este artículo, los servicios técnicos municipales podrán realizar cuantos reconocimientos y visitas de inspección consideren para comprobar las condiciones de seguridad e higiene y el funcionamiento de instalaciones y servicios.”

Lo primero que mantiene la parte recurrente contra la actuación administrativa recurrida, es que no cabe establecer la existencia de infracción alguna que deba ser sancionada por el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.

Sin perjuicio de lo que deba mantenerse sobre el fondo del asunto y concretamente analizaremos en el motivo de impugnación tercero en el que la parte actora mantiene el “Cumplimiento formal de los requisitos exigidos por la licencia de apertura”, cabe mantener que, sin perjuicio de que la actuación de que se trata, perfectamente amparada por el artículo arriba expuesto, afecta a los intereses de la parte recurrente limitando o suspendiendo temporalmente su ámbito de actividad, lo cierto es que a través de la misma no se está ejerciendo facultades disciplinarias o sancionadoras, ejerciendo la Administración una mera actividad de “intervención” en el ámbito de sus facultades de Policía, de los Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

Por ello, y sin perjuicio -reiteramos- de lo que luego diremos, procede la íntegra desestimación del motivo de impugnación aquí analizado.

TERCERO.- En segundo lugar, la recurrente mantiene la nulidad de la resolución. Al respecto, dice que la resolución impugnada debe ser decretada nula, por haberse dictado sin justificación ni motivación alguna, lo que provoca en la recurrente una total indefensión, y porque, no encuentra acomodo alguno en ninguno de los procedimientos administrativos de revisión de los actos en vía administrativa, habiéndose prescindido en su dictado, total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En cuanto a la segunda objeción, baste señalar a la parte recurrente que la Administración se ampara para dictar la resolución que nos ocupa, en lo al efecto expuesto en el artículo 46.3 arriba expuesto. En su consecuencia, basta detectar el incumplimiento -que luego analizaremos- de los términos en que se concediera la licencia solicitada, para que sin perjuicio de las responsabilidades penales administrativas sancionadoras en que pudiera incurrirse, la Administración suspenda temporalmente el funcionamiento de la actividad de que se trate, hasta que se remedien las causas que lo motiven; siempre que tal incumplimiento sea subsanable y no susceptible de poner en peligro, la higiene o seguridad pública, o de las personas que accedan o presten servicios en la misma.

Por otro lado, no podemos admitir la deficiencia de motivación de la resolución impugnada de que se trata y el hecho de que tal deficiencia de motivación, cause suerte alguna de indefensión en la recurrente.

Concretamente el Acto, dice:

“...El motivo del recurso es que existe un incumplimiento por el titular de los términos impuestos en la licencia.

Concretamente queda de manifiesto en dos informes del Servicio de Inspección Urbanística, el incumplimiento de las condiciones particulares de la

licencia de apertura, al existir una deficiente evacuación de humos.

La citada licencia establece como condición específica que debe contar con un sistema de extracción de filtros de carbono para así eliminar los olores. Esta condición se establece al amparo de la Exposición de Motivos del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, que reconoce la inclusión de nuevas tecnologías la Administración considera adecuada esta inclusión en el caso del sistema de filtros para la extracción de humos debido a que dispone de la potestad de policía y sancionadora en el caso de que resultasen inútiles o insuficientes.

TERCERO.- En el caso que nos ocupa, numerosas denuncias advierten de un posible mal funcionamiento en el sistema de extracción de humos mediante filtros por lo que se giraron tres visitas por el Servicio de Inspección, que dieron lugar a los informes fechados los días 29 de mayo y 6 de noviembre de 2006, en los que queda constatada la existencia de un “olor característico a pollo asado” en el interior del edificio y en a vía pública.

.....
Realmente, por ser ésta una licencia de apertura, es aplicable el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, a efectos de proceder a la suspensión temporal y revocación de la actividad...”

Entendemos que en lo que aquí respecta, la actuación impugnada se encuentra perfectamente motivada, y, en modo alguno causa indefensión a la recurrente, la cual es perfectamente, conocedora de las causas que la han motivado, de la normativa aplicada y ha podido proponer ante esta sede, la prueba que ha entendido conveniente en su defensa.

Procede por tanto la desestimación del motivo de impugnación analizado.

CUARTO.- Por último, la recurrente mantiene que se ha procedido a un cumplimiento “formal” dice, de los requisitos y condicionantes de la Licencia.

La licencia de apertura establecía como condición particular:

“Deberán mantenerse en perfectas condiciones de uso, tanto de limpieza como de reposición, los filtros incorporados en los módulos de carbón activo acoplados en las cabinas de ventilación, a los efectos de mitigar las molestias producidas por olores y vahos, que puedan originarse en la actividad”.

La actuación impugnada mantiene que a través de dos informes del Servicio de Inspección Urbanística, queda de manifiesto el incumplimiento de las condiciones particulares de la licencia de apertura, al existir una deficiente evacuación de humos. La resolución añadía que existen numerosas denuncias que advierten de un posible mal funcionamiento en el sistema de extracción de humos mediante filtros, por lo que se giraron tres visitas por el Servicio de Inspección, que dieron lugar a los informes de los días 29 de mayo y 6 de noviembre de 2006, en los que queda constatada la existencia de un “olor característico a pollo asado” en el interior del edificio y en la vía pública.

Concretamente el informe de 29 de mayo citado, mantiene:

“Ante las discrepancias observadas entre los documentos técnicos aportados en el expediente (solicitud y concesión de Licencia de Apertura a nombre de D. L.) y el aportado en el expediente.....(recurso de reposición presentado por la Comunidad de Propietarios del edificio ubicado en César Augusto 64), de los cuales y en relación con el conducto de evacuación de humos procedentes de la combustión de la cocina extractamos los siguientes:

A-Documentos obrantes en el expediente (Licencia de Apertura).

-Certificado visado por el C.O.A.T.T con fecha 21 de de 2005

-Informe de Inspección (equipo de TV empleado en la visión de chimeneas) realizado por la empresa “A.S.L.” fechado el 16 de diciembre de 2005.

-Anexo al informe -certificado visado por el C.O.A.T.T. con fecha 12 de enero de 2006.

(Estos documentos certifican la existencia de un conducto de evacuación de humos, cumplimentando con lo establecido en el artículo 5.3.1 de las Ordenanzas Generales de Edificación)

B-Documento obrante en el expediente..... (Recurso de Reposición)

-Estudio visado por el C.O.I.T con fecha 28 de abril de 2006 (Este

documento presenta unas conclusiones que establecen la falta de estanqueidad del conducto de evacuación de humos, así como el incumplimiento del artículo 15 de la NBE-CPI-96)

Dadas las discrepancias antedichas y a los efectos de comprobar las supuestas molestias que la actividad denominada "P." ocasiona en la Comunidad de Propietarios del edificio sito en César Augusto, 64, el día 26, de mayo de 2006 y previa citación con el representante de la Comunidad de Propietarios, se realiza visita de inspección al edificio, con motivo de dicha inspección se expone:

1º-Que siendo las 11,15 horas y atendido por D. J., quien dice ser representante de la Comunidad y propietario de la vivienda ubicada en el 2º A, se han observado los siguientes puntos:

1.1-En los rellanos de la escalera, en el frente del ascensor, donde se alojan los armarios de parte de las instalaciones del edificio, en el interior de uno de ellos se aprecia al tacto radiación de calor siendo de mayor intensidad en las plantas inferiores que en las superiores, se comenta que supuestamente es por donde discurre la chimenea de evacuación de humos de la actividad no coincidiendo esta ubicación, con el lugar donde según el certificado visado con fecha 12 enero de 2006 se dice que discurre, indicado en el certificado como "conducto existente 1"; (exponemos que las "catas" realizadas y reflejadas en el estudio presentado con fecha de visado 28 de abril de 2006 ya han sido tapadas).

1.2-Durante proceso de la inspección y siendo las 11,45 horas, se empezó a apreciar el olor característico de "pollo asado" entre las plantas Primera y Segunda, coincidiendo con el inicio de las labores de cocina en la actividad.

1.3-Que a través de la rejilla de extracción de las cabinas de ventilación situada en César Augusta, se aprecia en la Avenida olor a "pollo asado".

2º -Tras las observaciones antedichas, por parte de esta Sección técnica se informa:

2.1 -Al percibirse olores en la escalera de la comunidad podemos establecer que la supuesta chimenea de evacuación de humos procedentes de la cocina de la actividad no es totalmente estanca.

2.2-Al percibirse olores en la Avenida podemos establecer que no se mantienen las condiciones particulares establecidas en la Licencia de Apertura, en lo referente al mantenimiento de los filtros que deben estar incorporados en las cabinas de ventilación".

El informe se firma por el Arquitecto Técnico (Sección Técnica de Control de Actividades) dando su conforme el Jefe del Servicio de Inspección.

Por su parte, el informe de 6 de noviembre, en ampliación al anterior informe, dice:

"1º-Con relación a la documentación técnica aportada por parte del Titular de la actividad en la comparecencia de fecha 26 de septiembre de 2006, informamos:

a) Se presenta "Informe Técnico" y "Certificado" visados por el C.O.A.T.T con fecha 26 de septiembre de 2006, en los cuales se exponen las características de los filtros instalados en la campana de extracción de humos producidos por el asador de pollos, dichos filtros se han instalado como ampliación de las medidas correctoras establecidas en la Licencia de Apertura, asimismo, se aporta un "Contrato de Mantenimiento" de dicha instalación.

2º-A los efectos de comprobar la efectividad de las medidas correctoras instaladas, el día 2 de noviembre de 2006, previa citación telefónica con el Administrador de la Comunidad y con el Titular de la actividad, se procedió a realizar visita de comprobación a la actividad, con motivo de dicha inspección se informa:

a) Por parte de la Comunidad de Propietarios del edificio "César Augusto, 64", se personaron: D. R. en calidad de representante de la Administración de la Comunidad, y un ciudadano que no quiso dar su nombre alegando únicamente ser vecino de una de las viviendas de la comunidad.

b) En la visita de inspección realizada, en la escalera de la comunidad, y recorriendo desde la Planta cuarta hasta la Planta Primera, por parte de los inspectores obrantes, no se percibió ninguna molestia apreciable de olor a "pollo asado".

c) *En el transcurso de la inspección se presentó el vecino de la "Vivienda-Oficina" situada en el 1° C, manifestando las molestias de olor a "pollo asado" producidas por la actividad que tiene en las dependencias que dan a la Avenida de César Augusto, a tal efecto y al abrir las ventanas se apreció de inmediato el olor característico a "pollo asado".*

d) *En el zaguán de acceso a la escalera se apreciaba el olor a "pollo asado".*

e) *En la vía pública y en las proximidades de la actividad, se apreciaba el olor a "pollo asado".*

3°-El día 3 de noviembre de 2006 y sin previas citaciones, se volvió a realizar visita a la comunidad, esta vez en compañía del letrado de la "Sección Jurídica del Reglamento de Policía, Espectáculos y Actividades Recreativas", al cual le solicitamos la comparecencia para que por sí mismo percibiese las supuestas molestias que la actividad produce en la comunidad; por parte de los Inspectores obrantes, la percepción de olores fue la misma que la observada en el día anterior".

El informe se firma por el Arquitecto Técnico, el Ingeniero Técnico y el Jefe del Servicio de Inspección.

Por su parte, la parte recurrente propuso como prueba, la testifical-pericial de D. F., el cual se ratificó íntegramente en los informes elaborados y obrantes en el expediente administrativo -a cuyo íntegro contenido nos remitimos- y manifestó que el objeto de su informe era el estudio de los conductos de evacuación de humos de la campana de extracción del asador de pollos, e insistió en que, a su parecer, el Sistema analizado es correcto y conforme a la normativa de aplicación, añadiendo que ha estado en el lugar, en varias ocasiones, y que él, no pudo detectar olor fuera.

A preguntas de las partes, concretamente del Letrado de la parte codemandada, manifestó:

-no se pronuncia exactamente sobre la ventilación de los baños, manteniendo que dicha cuestión no es objeto de su informe, pero puede manifestar que se articula a través de conductos paralelos.

-también se le preguntó sobre la normativa de protección contra incendios y se mantuvo en que en este caso no es necesario un sistema específico, dado que las chimeneas están sectorizadas, es decir, pertenecen a un sector de incendios diferente en relación a las viviendas. Añadió que era cierto que la instalación que nos ocupa es posterior a la terminación del edificio de viviendas, ahora bien, seguía manifestando que en el proyecto de ejecución del edificio, ya se preveían los conductos para el local, lo que convertía en innecesario o en inexistencia de obligación para el inquilino su revisión.

-mantuvo que era cierto que el conducto de humos circula paralelo al de telecomunicaciones, ahora bien, matizó que "no" por el mismo hueco, así como que, siendo cierto que el conducto de telecomunicaciones debe cumplir con la normativa sobre resistencia al fuego, ello no es problema del inquilino, sino de la edificación.

-igualmente, dijo, que "suponía" que la evacuación de humos y gases, está al lado del conducto de telecomunicaciones, pero que él no lo ha visto porque están tapados, añadiendo que no es peligroso porque se cumple la normativa vigente.

Por último, manifestó que para su informe, había partido de diferentes filmaciones y pudo concluir, que en la campana inicial había conexiones con las viviendas, pero que, también a través de dichas filmaciones, ahora concluye que existe un conducto individual correcto, que a su parecer no puede producir los olores denunciados, olores éstos, que según dice "él no ha detectado".

Por su parte, la parte codemandada propuso como prueba la testifical-pericial, de D. E., que se afirmó y ratificó en el informe elaborado por él mismo y obrante en el expediente administrativo -a cuyo íntegro contenido nos remitimos- y manifestó que el objeto de su informe y su encargo, era analizar la posible procedencia del malestar de los vecinos por el olor, a pollo, es decir, que "ha intentado determinar porqué huele a pollo". A tal efecto, dice, ha analizado el Proyecto presentado para la licencia y las partes comunes entre viviendas y local comercial, y añade, que se ha personado fuera y huele a pollo, y que esto se debe, dice, "a que el conducto de humos, primero no es estanco, es decir, permite que los gases se extiendan al exterior, y, en segundo lugar, a que no está compartimentado, lo que implica que la salida de humos se produzca a lo largo de la caja de escalera.

Añade que el olor actuó como un indicio que detecta la falta de

compartimentación, es decir, investigando el tema del olor, dice, se encuentra con el problema realmente grave que es el tema de incendios, problema éste consistente en que existen dos sectores de incendios, el del local y el de las viviendas, y la normativa CPI, exige resistencia al fuego, ahora bien, en este caso no se puede poner un cortafuegos.

Igualmente, mantuvo:

“Que las Ordenanzas Municipales de Edificación, exigen que el conducto de evacuación de gases sea el adecuado, y se ajuste a la normativa y que aquí no lo es, por, en primer lugar, pasa por la pared medianera de los dos sectores, la pared ensegundo lugar, no es estanco, deja pasar el fluido caliente y, en tercer lugar, es de acero galvanizado, no apto, quizá permitido, pero no apto porque está oxidado y la oxidación, es más, sigue avanzando. Cuanto más avance ésta, será, cada vez menos estanco y menos adecuado. Incumple plenamente la normativa de Incendios..... El conducto de evacuación de gases y humos no es un conducto vertical, va inclinado. Está tapado, pero pudo comprobarlo porque hizo catas y lo vió. Las condiciones de estanqueidad han de reunirse en todo el conducto, el art. 18 de la CPI, prohíbe cualquier componente cortafuegos, por tanto, la normativa debe mantenerse durante todo el conducto. Se le pregunta por las salidas de gases y humos de las rejillas del lateral del local y mantiene que por ahí no huele a pollo, pero no cumple las condiciones del Proyecto presentado en la licencia. Concluye que la conducción no es adecuada y produce molestias a terceros y vecinos, y para finalizar dice, que hay una rejilla detrás del cartel del local, que no está en el proyecto y que afecta al patio vecinal, por la que claramente huele a pollo”.

Por último manifestó su desacuerdo con el informe del Sr. L, manteniendo que basta para emitir el informe de que se trata, tener todos los planos y concretamente los del final de obra y los que se han materializado en la realidad -otra cosa, dice, es que el Sr. L. no los tenga- estando en desacuerdo con sus conclusiones ya que entiende que las filmaciones como método de investigación del asunto, no verifican una estanqueidad y entiende que dicha prueba "la de estanqueidad" es absolutamente necesaria.

QUINTO.- De lo hasta aquí expuesto, entendemos acreditado el incumplimiento imputado a la recurrente por el acto administrativo objeto de la litis, y por tanto, entendemos y debemos entender que la actuación recurrida es conforme a Derecho.

Resulta perfectamente acreditado a través, de lo hasta aquí expuesto, las molestias que la actividad de la recurrente genera a vecinos -y terceros- en relación al “olor a pollo” que de la misma surge. Entendemos que al objeto de tal acreditación, basta acudir a las denuncias vecinales, a los informes de Inspección del Ayuntamiento y al propio informe pericial del Sr. T. Entendemos que no resulta admisible mantener como hace la recurrente en conclusiones, que no existe una prueba adecuada para la acreditación de tal hecho, y entendemos es más, que frente al hecho del "olor" en que coinciden y mantienen, vecinos, Inspección y perito, en nada desvirtúa tal conclusión que el Sr. L. (también perito, en este caso propuesto por la actora), simplemente mantenga que él no lo notó”. Entendemos además que resultan acreditados los efectos de la instalación analizada y que pone de relieve el Sr. T., y que como ya hemos visto afectan:

1-al conducto de humos, que no es estanco, ni se encuentra compartimentado, ni es vertical “va inclinado”.

2-incumplimientos del Proyecto presentado adjuntando a la solicitud de licencia, en cuanto a salidas de humos y gases (rejillas).

3-incumplimiento de la normativa contra “incendios Ciertamente la detección de tales incumplimientos, afecta no sólo a la condición de la licencia reseñada en la actuación administrativa recurrida, sino, -basta observarla- a bastantes otros aspectos y condiciones de la misma y a múltiples de los aspectos aplicables de las Ordenanzas Municipales. A estas conclusiones, aunque en menor extensión, abundan los informes de la Inspección, frente -todo ello- al informe del Sr. L.. Debe resaltarse que el Sr. T., ha manifestado expresamente en su informe y alegaciones complementarias, cual es el método utilizado por el mismo -discrepa del utilizado por el Sr. L., por entenderlo ineficaz al objeto de análisis- qué documentación ha tenido a la vista, ha sido

perfectamente concluyente en sus opiniones y aclaraciones desde un punto de vista exclusivamente técnico (a diferencia del Sr. L. que, en respuestas, casi de "carácter evasivo" a conclusiones técnicas, opinaba incluso sobre cuestiones de imputación de responsabilidad, es decir, estrictamente jurídicas), y, reiteramos, coincide en bastantes aspectos con los propios informes del Servicio de Inspección del Ayuntamiento, y con el indicio de irregularidades que supone a todas luces el "olor a pollo" que originó el presente expediente.

Deberá por tanto desestimarse la demanda por entender que la actuación administrativa es conforme y ajustada a Derecho, tan sólo significando a la recurrente y en relación a alguna de las manifestaciones que efectuó en su demanda y en el escrito de conclusiones, que en modo alguno la resolución aquí impugnada supone una revocación de la licencia, sino, una suspensión temporal, en orden a la subsanación de los defectos e incumplimientos detectados.

SEXTO.- No procede efectuar una especial imposición de las costas causadas, por no apreciarse méritos a tal efecto de conformidad con lo establecido en el art. 139 LJCA.

Vistos los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo, Procedimiento Ordinario nº 169/2007-BA, promovido por D. L., con la representación y defensa antes mencionada, contra la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia en los hechos de la presente resolución, y en su consecuencia:

PRIMERO.- Declarar conforme y ajustada a Derecho, la actuación administrativa recurrida.

SEGUNDO.- No efectuar una expresa imposición de las costas causadas.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 348/2008. Sentencia de 10/05/2012

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN SUSPENSIÓN TEMPORAL. LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO Y CLAUSURA.

Aplicación correcta del procedimiento exclusión del RAMINP.

Incumplimiento licencia existencia de informes municipales imparciales que lo acreditan. Incongruencia por exceso en la sentencia, inexistencia.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Diez de Pinos

En Zaragoza a 10 de mayo de 2012, habiendo visto los presentes autos la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ...

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Planes del recurso:

Apelante D. L. representado por la Procuradora D^a A. y defendido por la Letrado D^a M.

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

Codemandada la Comunidad de Propietarios de la Avda. César Augusto nº 64, representada por la Procuradora D^a M. y defendida por el Letrado D. J.

SEGUNDO.- Actuación administrativa recurrida:

Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 30 de enero de 2007 que acordó estimar el recurso de reposición interpuesto contra Acuerdo de 28 de marzo de 2006 que concedió licencia de apertura, accediendo a la suspensión temporal de la licencia de funcionamiento para la actividad de CHIKEN-BAR grupo I, con hilo musical, sito en Avda César Augusto 64, cuyo titular es el recurrente, clausurando el establecimiento objeto de la actividad hasta que no se acredite la correcta adaptación a las condiciones en las que se otorgó la licencia de apertura (exp. 506.897/06).

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

El recurrente es titular de la licencia de apertura de un establecimiento, dedicado a restaurante y asador de pollos. Concedida la licencia de apertura la Comunidad de propietarios situada en el mismo número interponer recurso reposición alegando que el sistema de extracción de humos es insuficiente. Se estima el recurso por el Consejo de Gerencia de Urbanismo y se suspende provisionalmente la licencia hasta que se subsanen los defectos apuntados de conformidad a lo dispuesto en el art. 46.3 del R.D. 2816/1982, Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos.

Interpuso recurso contencioso administrativo y fue confirmada la resolución administrativa por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso ya indicada.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte apelante:

Revocar la Sentencia apelada y anular la resolución administrativa impugnada.

Resumen de los motivos del recurso de apelación.

1. Alega vicio de procedimiento pues debería haberse seguido el establecido en el art. 36 del RAMINP, en la medida en que permite requerir de subsanación y sólo en el caso de no se cumpliera suspender la licencia.

2. Alega que la licencia nunca debió ser suspendida de eficacia pues cumple todos los requisitos establecidos.

3. Estima que la Sentencia es incongruente pues introduce cuestiones no planteadas como el incumplimiento en materia de protección de incendios.

4. Por último indica que la existencia de olores es un valor subjetivo.

SEXTO.- Pretensiones de las partes apeladas:

Desestimar el recurso de apelación e imponer las costas del recurso al apelante.

SÉPTIMO.- Procedimiento:

Se admitió la apelación el 28 de julio de 2008.

Se señaló para votación y fallo el 10 de mayo de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La corrección del procedimiento utilizado para la suspensión de la licencia.

Como certeramente indica la Juzgadora de instancia el procedimiento establecido por la Administración demandada es correcto y excluye la aplicación del indicado en el Reglamento de Actividades Molestas y ello sin entrar a valorar si hay en realidad una diferencia sustancial entre ambos procedimientos. Para ello respetando el principio de contradicción y de audiencia, lo que ha hecho el Ayuntamiento es garantizar que si no se cumple con todas las condiciones de la licencia el establecimiento no puede estar en funcionamiento y ha de subsanar estos defectos. Y mientras tanto no puede funcionar en aplicación del art. 46.3 del Reglamento de Espectáculos ya indicado.

SEGUNDO.- El cumplimiento de requisitos establecidos para la licencia.

Se sostiene en el recurso de apelación que la actividad cumple con lo establecido en la licencia y por ello no debió haberse suspendido su eficacia.

No puede desconocer la parte que dentro de los requisitos de la licencia está el cumplimiento eficaz del sistema de extracción de humos, que es lo que se imputa no se cumple. Y si este requisito no se cumple es evidente no se puede conceder la licencia.

Aquí como con detalle se expresa en la Sentencia se considera probado este incumplimiento en base a todo el material probatorio que consta en el expediente y en el procedimiento.

Existen informes técnicos aportados por las partes contradictorios (Sres. L. y Sr. T.), pero baste acudir a las visitas acordadas por el Servicio de Inspección de 29 de mayo y de 6 de noviembre de 2006 para darnos cuenta de que el sistema de extracción de humos no es eficaz, cuando en estos informes los técnicos imparciales del Ayuntamiento aprecian “olor a pollo asado”.

TERCERO.- La incongruencia por exceso.

Se imputa a la Sentencia que la Juzgadora es incongruente por exceso, dado que ha servido para desestimar el recurso un informe de parte que indica que no se cumple con la normativa de incendios que no fue objeto de debate, ni consideración, ni en el expediente, ni en el procedimiento.

Parece que esta imputación proviene de un informe del perito D. E., que sí que sostiene que la instalación contra-incendios no es correcta. Pero ni esa decisión o conclusión, del informe tiene relación alguna con el recurso, ni es utilizado en la Sentencia para fundamentar la desestimación del recurso.

Si se desestima el recurso haciendo una valoración estricta y abundante de las pruebas periciales, es porque se considera que la instalación de extracción de humos no es eficaz.

CUARTO.- La apreciación subjetiva del olor.

Por último sostiene la parte apelante -con cita de una Sentencia- que no existiendo olfatómetros la apreciación de un mal olor es subjetiva y no puede servir de base para suspender la licencia.

Pero aquí no estamos hablando de que se aprecia o no un mal olor; sino de que el sistema de extracción de humos no es eficaz. Y no lo es precisamente porque el inmueble huele al producto de la actividad, en este caso asador de pollos. Pudiera discutirse efectivamente lo subjetivo que puede ser lo bueno o mal de un olor, pero que huelga o no, no es algo subjetivo. Aquí es la demostración palpable de que el sistema de extracción no funciona y debe de suspenderse la licencia hasta que se proceda a su subsanación.

QUINTO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LRJCA, al ser desestimado en su totalidad el recurso de apelación han de imponerse las costas al recurrente, con el límite para cada una de las partes apeladas en el procedimiento y por todo concepto de 1.500 euros.

FALLO

Desestimar el presente recurso de apelación hacer expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante con el límite indicado.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Hajar, D. Jesús María Arias Juana, D^a Isabel Zarzuela Ballester y D^a Nerea Juste Diez de Pinos de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.