

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. BAR. RETROACCIÓN EXPEDIENTE.

Existencia de condiciones acústicas del local que impiden cumplimiento de horario de 22 h. a 8 h.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Javier Oliván del Cacho

En ZARAGOZA, a dos de Septiembre de dos mil once.

En nombre de S. M. el Rey, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, habiendo visto el procedimiento ordinario en el que ha sido actora Doña A.S.A., representada por Doña S.H.H., Procuradora, con asistencia Letrada de D. J.H.H. y como codemandada Doña I.L.M. representada por Doña E.G.N., Procuradora, con asistencia Letrada de D J.M.M.E., siendo objeto del recurso el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 21 de septiembre de 2010.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2010, tuvo entrada en este Juzgado recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña S.H.H., Procuradora de los Tribunales y de Doña A.S.A., contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo, de 21 de septiembre de 2010, del siguiente tenor:

"PRIMERO.- Estimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por D. A.S.A. (sic) contra el acuerdo del Consejo Municipal de la Gerencia de Urbanismo de fecha 20/04/2010 y retrotraer el expediente nº 852.349/2009 al momento procesal inmediatamente anterior a la denegación (exp. Nº 852.349/2009, Pineda Mariana, 14)."

En el acuerdo recurrido, se otorga licencia de funcionamiento para ejercer la actividad de bar dentro de la franja horaria comprendido entre las 6:00 y la 1:30 (2:30 viernes y víspera de festivo).

SEGUNDO.-. La recurrente considera que, a la vista de las distintas certificaciones acústicas e informes del Servicio de Inspección urbanística, el horario autorizado debería ser, el comprendido entre las 8:00 y 22:00 horas por lo que entiende que el acto es anulable en virtud del art. 53.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por ello, se solicita un nuevo informe al Servicio de Inspección para aclarar el grado de cumplimiento del establecimiento y el 14 de junio de 2010 informan que el establecimiento incumple el art. 32.1.b) de la O.M. para la protección contra Ruidos y Vibraciones lo que supone que sólo puede ejercer la actividad entre las 8:00 y las 22:00 horas"

SEGUNDO.- Con fecha 15 de noviembre de 2010, Doña S.H.H., Procuradora, en la representación citada, presentó escrito de demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia estimatoria en la que se declare:

"1.- La nulidad de la resolución dictada por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

2.- Subsidiariamente respecto de la anterior, con acogimiento del presente recurso, se revoque la resolución adoptada por el Consejo de Gerencia Municipal, de fecha 21 de septiembre de 2010, por la que se estimaba el recurso potestativo de reposición interpuesto por la Sra. L.M., rehabilitándose, en consecuencia, la licencia de funcionamiento ampliada, concedida con fecha 20 de abril de 2010, en el

expediente administrativo nº 852.349/09.

Y, en consecuencia, se condene al Ayuntamiento de Zaragoza:

1.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2.- Al pago de la totalidad de las costas de este recurso”.

TERCERO.- Mediante escrito fechado a 17 de diciembre de 2010, se presentó contestación a la Demanda por la representación municipal, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia desestimatoria y confirmatoria del acto impugnado.

CUARTO.- El día 28 de enero de 2011, la Sra. G.N., en la representación citada, presentó escrito de oposición a la Demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara una Sentencia desestimatoria.

QUINTO.- Practicada la prueba admitida por este Juzgado y presentados los correspondientes escritos de conclusiones, los Autos quedaron conclusos para Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la estimación de un recurso de reposición mediante acuerdo por el que se anuló la concesión de una licencia de funcionamiento a la señora recurrente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido por la Administración es posible hacer referencia a los siguientes antecedentes:

Expediente número 1.198.487/2008

1.- Con fecha 28 de septiembre de 2008, Doña I.L.M. solicitó que, por parte del Servicio de Inspección, se girase visita al establecimiento de Autos, a fin de comprobar el aislamiento acústico.

2.- Mediante manuscrito de 19 de enero de 2009, se solicitó nuevamente por dicha señora la medición de los niveles de molestia de la persiana del citado establecimiento.

3.- Al folio 13 obra informe de medición de ruidos de 3 de febrero de 2009.

4.- Con fecha 20 de abril de 2009, D. E.M.F. solicitó prueba pericial de academia para que, por el equipo responsable de GRUPO DE VIBRO-ACÚSTICA de la Universidad de Zaragoza, fuese emitido informe sobre los siguientes extremos:

“1.- Si la norma UNE a que remite la Ordenanza (...) es una norma de ensayo, cuyas mediciones han de ser realizadas bajo condiciones de campo sonoro difuso.

2.- Si es un establecimiento de hostelería (un bar, por ejemplo) reúne las condiciones de “campo sonoro difuso”.

3.- Para el caso de que un establecimiento en concreto no reuniera las condiciones de “campo sonoro difuso”, cuál sería la forma correcta de realizar una medición de ruidos, para obtener de los mismos resultados que se lograrían si estuviéramos bajo las condiciones de un campo sonoro difuso.

4.- Teniendo en cuenta todo lo anteriormente mencionado, realice las oportunas mediciones de ruido y aislamiento en el mencionado establecimiento (...) con el fin de obtener resultados homologables a una medición realizada bajo las condiciones de “campo sonoro difuso”, que señala la norma UNE-EN-ISO-140-4”.

5.- A los folios 25 y siguientes obra escrito de la actora, en el que se relata lo que sigue:

“I.- Que el local dispone de licencia urbanística concedida en expediente 3.033.742/1999 y licencia de apertura concedida en expediente 428.973/2001, por resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo, en sesión celebrada el 11 de mayo de 2004.

Que en dicha licencia como condición particular, se establecía que el horario de funcionamiento de la actividad será de 8 a 22 horas, de conformidad con el certificado visado con fecha 7/06/2002, aportado por la solicitante.

II.- Que posteriormente fue solicitada y aprobada nueva licencia urbanística

y de actividad en expediente nº 727471/2006, por la que se solicitaba adaptación a la Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones de 2001 y en concreto en cumplimiento del art. 32.1.b que permitiera ampliar el horario de cierres después de las 22 horas.

Que dicha adaptación también se ha tramitado en el expediente nº 1.252.843/2007.

III.- Que una vez aprobada la licencia urbanística concedida se procedió a contratar a la empresa A.,S.L., para ejecutar la obra correspondiente de adaptación y cumplimiento del art. 32.1.b) de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones, realizándose ésta y certificándose mediante la correspondiente medición realizada por el Ingeniero Industrial D. E.M.F., al Servicio de la empresa C.F.,S.L.”.

En función de lo expuesto, se solicitaba que se concediera un plazo para revisar las condiciones de insonorización y que no se produjera la clausura de la actividad.

Expediente núm. 852.349/2009.

1.- Con fecha 24 de junio de 2009, la Sra. Directora de Servicios de la Gerencia de Urbanismo, en el expediente 1.198.487/08, suscribió un acto del siguiente tenor:

“Se devuelve el expediente para su tramitación, una vez atendida la visita concertada relativa al mismo.

Se advierte que en el expediente nº 1.252.843/07, que figura como antecedente unido al presente, se había solicitado la licencia de funcionamiento o la ampliación de la misma tras la adaptación del aislamiento acústico a la Ordenanza Municipal de Protección contra Ruidos y Vibraciones, con licencia otorgada con fecha 20/3/07 (expte. nº 727.471/06).

El citado expediente de ampliación de la licencia de funcionamiento fue erróneamente archivado, tras una resolución propuesta por el Servicio de Actividades para rectificar un error en la resolución de 20/2/07 ya mencionada. En consecuencia, visto el último informe de la Inspección en el presente expediente, de fecha 22/6/09, procedería, además de resolver el expediente 1.198.487/08, desarchivar el expediente 1.252.843/07 y proseguir su tramitación hasta la resolución del mismo, en principio y según el informe de Inspección de 22/6/09, proponiendo su concesión por cuanto la ampliación de la licencia de funcionamiento se refiere a la limitación en el horario de ejercicio de la actividad de 8 a 22 horas, en aplicación del art. 32.1.a) de la Ordenanza, cuando ahora ya se acredita el cumplimiento del art. 32.1.b) de la citada Ordenanza, no rigiendo, en consecuencia, la mencionada limitación horaria.

Finalmente, se hace constar que consultado a día de la fecha la base de datos de establecimientos públicos, no figura ninguna denuncia con medición de ruidos superando los límites permitidos por la Ordenanza Municipal de Protección contra Ruidos y Vibraciones tras la solicitud de la licencia de ampliación de funcionamiento”.

2.- Por el Servicio de Disciplina Urbanística, con fecha 12 de abril de 2010, se propuso otorgar licencia de funcionamiento para la actividad de Bar, Grupo 1, sin equipo musical, con un horario de 6 a 1’30 h, viernes, sábados y vísperas de festivo hasta las 2’30 horas, con media hora adicional para desalojo de la clientela, sin servir consumiciones.

3.- Con fecha 20 de abril de 2010, se asumió la propuesta anterior por el Consejo de Gerencia.

Expediente núm. 756. 322/2010.

1.- Con fecha 12 de mayo de 2010, Doña I.L.M. presentó recurso de reposición, al considerar que existía el error “al no contemplar las mediciones realizadas por D. O.F. en fecha 3 de febrero de 2009 ya que según ese informe no cumple los niveles de aislamiento acústico recogidos en la Ordenanza Municipal para la Protección contra Ruidos y Vibraciones en vigor”

2.- Con fecha 14 de junio de 2010, el Ingeniero Industrial, con el v.bº del Jefe de Servicio, informó:

“El nivel sonoro en el ambiente interior de la vivienda producido por la fuente de ruidos medida (persiana) es superior al establecido en el artículo 41.1 de la vigente Ordenanza para la protección contra el Ruido y Vibraciones (BOP 5 de

diciembre de 2001), no cumpliendo dicho artículo para el horario solicitado.

El nivel de aislamiento acústico en los recintos medidos es inferior al establecido en el artículo 32.1.b de la vigente Ordenanza para la Protección contra Ruido y Vibraciones (BOP de 5 de diciembre de 2001), no cumpliendo dicho artículo para el horario solicitado”

3.- Con fecha 28 de junio de 2010, el Jefe de Sección informó:

“Considera la recurrente que el establecimiento no cumple con la normativa en materia de Protección contra Ruidos y Vibraciones Por ello, el Servicio de Inspección Urbanística mediante informe de 14 de junio de 2010, indica que con las mediciones acústicas realizadas el establecimiento cumple parcialmente la normativa aplicable lo que le permitiría funcionar de 8:00 a 22:00 horas y no de 6:00 a 1:30 horas como tiene autorizado en la licencia impugnada.

Por todo ello, cabría la anulación del acto impugnado, otorgando una nueva licencia que permita el funcionamiento solo en la franja horaria comprendida entre las 8:00 y las 22:00 horas”

4.- Por la Sra. L.M., en fecha 8 de julio de 2010, se mostró la conformidad con el informe.

5.- Con fecha 23 de julio de 2010, se presentó por la actora el siguiente escrito de alegaciones:

“PRIMERA.- Que esta parte se ratifica en las licencias concedidas y en la validez de los certificados aportados al expediente de licencia de funcionamiento (expediente nº 852.349/2009 que dieron lugar a la resolución del Consejo de Gerencia de 20 de abril de 2010 y en la que consta informe emitido por el Servicio de Inspección sobre cumplimiento del art 32.1.b) de la Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones, no entendiéndose que pueda existir un nuevo informe que sin realizarse nuevas pruebas o mediciones, emita un dictamen de incumplimiento de la normativa cuando el anterior sí que se informaba favorablemente.

SEGUNDA.- Que por otra parte el informe emitido por el Ingeniero Industrial D. E.M.F., colegiado nº 2686, al Servicio de la empresa C.F.,S.L., que obra en el expediente, certifica claramente el cumplimiento del art. 32.1.b de la Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones que sólo puede ser desvirtuada su eficacia y prueba mediante otro informe técnico con los mismos requisitos y las mismas condiciones que evidentemente no podrá ser el emitido con fecha 14 de junio de 2010 por el Servicio de Inspección Urbanística si dicho informe no se basa en unas nuevas mediciones que pudiesen contradecir al que dio lugar a la concesión de la licencia de funcionamiento de fecha 20 de abril de 2010”

6.- Con fecha 22 de julio de 2010, D. E.M.F. presentó un escrito de alegaciones, en el que, textualmente, se decía:

“Que ante la resolución emitida en el expediente 756.322/10 del Servicio de Disciplina Urbanística, donde se anulan las mediciones efectuadas por el Servicio de Inspección del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, las cuales en un principio eran de una gran fiabilidad, anulando las realizadas por el técnico E.M.F. en certificado de fecha 27 de septiembre de 2007 y número de visado 007104, considero que si el propio Ayuntamiento bajo el Servicio de Disciplina Urbanística no considera válidas sus propias actuaciones, no me encuentro con ganas de remover este asunto, considerando que lo que debería de hacer, sería el efectuar una medición por una tercera persona, ajena al Ayuntamiento y al Técnico que redacta la presente carta, con cargo lógicamente D^a. I.L.M., por ser la persona que sufre las molestias del funcionamiento del Bar E.C.”.

TERCERO.- En la demanda, se parte de la concesión de la licencia de bar sin equipo musical con horario de funcionamiento de 8 a 22 horas mediante acuerdo de 11 de mayo de 2004 (Expediente nº 428.973/2001).

Ulteriormente, se instó la ampliación del horario, lo que dio lugar a la incoación de nuevos expedientes que desembocaron en la concesión de la licencia para la actividad de Bar Grupo I, en virtud de acuerdo del Consejo de Gerencia de 20 de abril de 2010, que, sin embargo, fue anulado por el acuerdo ahora impugnado en este recurso.

Ya, en los fundamentos jurídicos, tras declarar que la Señora recurrente pretende ejercer su actividad dentro de la legalidad, se denuncia, como defecto de

forma, la nulidad de la resolución con base en que el informe en el que se fundamenta la resolución no se halla en el expediente de concesión de licencia.

También, se apela a la doctrina de los “actos propios” y al “principio de confianza legítima”, en función del informe emitido por la Sra. Directora de Servicios, en el que se consideraba que se cumplía con la exigencia de aislamiento del artículo 32.1.b) de la Ordenanza aplicable. En este orden de cosas, se critica la tramitación del recurso de reposición, al denunciar que *“el Excmo. Ayuntamiento no ha tenido en cuenta para la resolución del recurso potestativo de reposición todos los informes o mediciones existentes en sus archivos, desconociendo, expresamente, los informes y mediciones que había contemplado para dictar la resolución que se repone”*.

Un argumento adicional tiene que ver con el hecho de que la medición de 3 de febrero de 2009 se refiera únicamente a la persiana, sin que, por otro lado, conste la fecha exacta de la medición y sin que se produzca una medición de la inmisión en el domicilio.

Finalmente, se afirma que el cumplimiento del grado de aislamiento acústico del art. 32.1.b) de la Ordenanza Municipal de Protección contra Ruidos y Vibraciones de 2001 conlleva que se conceda la licencia de funcionamiento ampliada, todo ello, en aplicación de una potestad que se considera reglada.

Por su parte, el Sr. Letrado Consistorial, aunque reconoce que la tramitación de los expedientes relacionados con el establecimiento es mejorable, señala que el informe determinante del acta impugnado se emitió en el expediente 756.322/2010 y que las mediciones referidas en el mismo eran conocidas por la señora recurrente

También, rechaza la alegación al principio de confianza legítima y, en cuanto al fondo, se insiste en que el informe de 14 de junio de 2010 refleja un nivel de contaminación acústica superior al permitido.

Por parte de la representación de la codemandada, se ha podido ya comentar el resultado de la prueba pericial anticipada, a cargo del Sr. P.G., del que concluye:

“(...) el nivel sonoro en el ambiente interior de la vivienda de mi representada del foco emisor (persiana) es superior al establecido en el artículo 41.1 de la Ordenanza para la Protección contra el Ruido y Vibraciones, y, además, el nivel de aislamiento acústico en los recintos medidos es inferior al establecido en el artículo 32.1.b) de la citada Ordenanza para el horario solicitado”.

CUARTO.- Este Juzgado, valorando las alegaciones de los señores Letrados, no puede asumir las objeciones de tipo formal relacionadas con el principio de congruencia, toda vez que la confección de uno o varios expedientes no deja de ser una decisión con un cierto grado de discrecionalidad, siendo decisivo que el informe relativo a la medición en que se basó la estimación del recurso de reposición obrara en los antecedentes administrativos referentes al establecimiento de Autos. En este punto, debe recordarse que el art. 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, establece que la resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y, además, aquellas otras derivadas del procedimiento. No se aprecia, por tanto, una violación del principio de congruencia ni una situación de indefensión, máxime cuando no nos encontramos en puridad ante un expediente sancionador.

En segundo lugar, la apelación al principio de confianza legítima (art. 3.1 de la Ley 30/1992, ya citada) no puede obviar que la simple previsión de un recurso administrativo posibilita que la Administración pueda revisar sus decisiones anteriores, siempre y cuando motive tal cambio de criterio, que es lo que, en puridad, ha sucedido en el presente caso. No existe, en consecuencia, una contravención de este principio.

Finalmente, no se oculta que el resultado de esta litis estaba en buena medida condicionado por el resultado de la prueba pericial, en la medida que, según considera este Juzgado, era carga de la parte actora acreditar el error de la Administración y de las mediciones en que basa su decisión contraria a los intereses de la señora recurrente.

Y lo cierto es que el Señor Perito de designación judicial, D. A.P.G., ha respondido a la cuestión tercera planteada por la parte proponente de modo absolutamente concluyente en contra de las pretensiones de la parte actora:

“Como se desprende del certificado, la causa que impide el cumplimiento de la Ordenanza en horario de 22 horas a 8 horas, es la insuficiencia del aislamiento existente.

Será necesario mejorar el aislamiento del conjunto techo-forjado y aislar la caja de persiana, así como el encuentro de la misma con la medianera”.

En efecto, las mediciones efectuadas y recogidas en el informe pericial revelan que el establecimiento de Autos no cuenta con el aislamiento necesario (y prescrito en el precepto aplicable de la Ordenanzas en cuestión) para el horario nocturno, a saber:

“Art. 32. Aislamiento acústico y niveles de emisión.

En edificios residenciales y/o habitados, los elementos constructivos horizontales y verticales destinados a cualquier actividad que pueda considerarse como foco de ruido, deberán, mediante tratamiento de insonorización apropiado, garantizar un aislamiento acústico (diferencia de niveles D1) mínimo al ruido aéreo respecto a todo recinto contiguo de: (1) Según 3.2 de la norma UNE. -EN. -ISO 140.4 y 3.8 de la norma UNE. -EN. ISO 140.5.

1.- 50 dB (con D125 mínimo de 44 dB), si funciona exclusivamente de 8.00 a 22.00 horas.

2.- 56 dB (con D125 mínimo de 50 dB), si ha de funcionar entre las 22.00 y las 8.00 horas, aunque sea de forma limitada. En las actividades que se ejerzan en este horario solamente se podrán instalar aparatos de televisión y equipos de música que produzcan niveles sonoros máximos de 83 dB (A), medidos a 3 metros de los altavoces y en la dirección de la máxima emisión. En todo caso, dichos aparatos sólo podrán funcionar hasta las 23.00 horas, de domingo a jueves, ambos inclusive, y hasta las 0.00 horas en viernes, sábado y vísperas de festivo (...).”.

Es cierto que el Sr. Letrado de la actora ha desarrollado una amplia argumentación para defender el estudio técnico de la parte demandante y para matizar las conclusiones del informe de designación judicial, pero tales consideraciones no pueden llevar a dejar sin efecto la virtualidad probatoria del informe técnico municipal en que se basó la decisión administrativa ahora enjuiciada (informe de 3 de febrero de 2009 del Ingeniero Industrial del Ayuntamiento). En este punto, debe indicarse, por ejemplo, que, a la hora de valorar las diferentes mediciones, resulta más lógico (al entender de este Juzgado) que se dé mayor valor al método recomendado por la UNE -EN-ISO 140.4 (ruido blanco) que al ruido rosa (a pesar de estar permitido) que fue el escogido por el señor perito de la parte actora. Por otro lado, tampoco cabe descartar que la persiana mecanizada, con el uso, genere mayor contaminación acústica que en un inicio. Y, finalmente, el Señor Testigo-perito propuesto por la parte codemandada (Sr. P.A.) pudo explicar convincentemente cómo la forma de colocación de la persiana (que está anclada al forjado y a los pilares) puede provocar una amplificación del ruido producido.

Por todo ello, y en función de las consideraciones precedentes, este Juzgado debe desestimar el presente recurso contencioso-administrativo y ratificar el acto objeto de impugnación.

QUINTO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Se desestima el recurso 377/2010 interpuesto por D^a A.S.A. contra el acuerdo de 21 de septiembre de 2010, que se ratifica al ser conforme a Derecho; sin costas.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.