

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

LICENCIA INICIO DE ACTIVIDAD. CONDICIÓN PARTICULAR. HORARIO.

Silencio administrativo positivo.

Aislamiento acústico. Subsancable. Autorización funcionamiento nocturno.

Aplicación de normativa ambiental y de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas.

Revisión de oficio.

Fallo: Estimación. Desfavorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a siete de noviembre de dos mil diecisiete.

El Sr. D. JAVIER ALEAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 28/2017 ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente D^a M., representada por el Procurador D. L., bajo la dirección Letrada de D. C., y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado por la Procuradora D^a S., bajo la dirección letrada de Doña. B., habiéndose personado como parte codemandada la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE C., NUM. ... de Zaragoza, representada por el Procurador D. F. bajo la dirección letrada de D. J., sobre:

“Acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 12 de diciembre de 2016, que desestimó recurso de reposición potestativo formulado contra el ACUERDO del mismo Consejo Municipal de fecha 19 de Octubre de 2016, por el que se concedió licencia de inicio de actividad de panadería con obrador en local sito en la Calle Cortes de Aragón ..., con la imposición de una CONDICIÓN PARTICULAR relativa a la obligación de realizar la actividad en horario de 8 a 22 horas”, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha 27 de Enero de 2017, se presentó en este Juzgado, el presente recurso interpuesto por el Procurador D. L., en representación de DOÑA. M., contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, sobre la siguiente actuación:

“Acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 12 de diciembre de 2016, que desestimó recurso de reposición potestativo formulado contra el ACUERDO del mismo Consejo Municipal de fecha 19 de Octubre de 2016, por el que se concedió licencia de inicio de actividad de panadería con obrador en local sito en la Calle Cortes de Aragón ..., con la imposición de una CONDICIÓN PARTICULAR relativa a la obligación de realizar la actividad en horario de 8 a 22 horas”

Que en fecha 1 de Febrero de 2017 se dictó Decreto en fecha admitiéndose el recurso incoándose 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 por resolución de fecha 20 de Febrero de 2017, para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, quien lo verificó, una vez declarada la caducidad del trámite, conforme al Art. 128 de la LJCA; dándose nuevo traslado a fin de proponer medios de prueba, lo cual se verificó por dicha parte.

Una vez formalizada la demanda, se dictó Decreto en fecha 29 de Marzo de 2017 admitiéndose le misma, y se dio traslado a la Administración demandada, con

entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, transcurrido dicho plazo, evacuándose en tiempo y forma. Una vez verificado, se dio traslado a la parte codemandada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE C., núm. ... DE ZARAGOZA, para contestar, lo cual se verificó, uniéndose el escrito a los autos.

TERCERO.- Que mediante Decreto de fecha 8 de Junio de 2017 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada; acordándose en Auto de fecha 14 de junio de 2017, el recibimiento del procedimiento a prueba, practicándose las admitidas y declaradas pertinentes, dictándose resolución en fecha 22 de septiembre de 2017, uniéndose los ramos de prueba a los autos, acordándose el trámite de conclusiones, dándose traslado a las partes litigantes por su orden, y una vez verificado se pasaron los autos al órgano judicial para dictar sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Se recurre el acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 12-12-2016, que confirmó en reposición el de 19-10-2016 que concedió licencia de inicio de actividad de panadería con obrador en local de la calle Cortes de Aragón, ..., en lo relativo a la condición particular de realizar la actividad en horario de 8 a 22 horas. Se pide el derecho a la apertura también en horario nocturno.

Se alega que se ha incurrido en nulidad del Art. 47.e de la ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común en relación con los artículos 106 y 107 por revisión de un acto firme sin seguir el procedimiento establecido; por infracción de los artículos. 89 y siguientes de la Ley 11/2014 de 4-12 de Prevención y Protección Ambiental de Aragón; en cuanto exige, antes de cualquier medida correctora, la necesidad de requerir de subsanación por los defectos observados o por incumplimientos derivados de la ejecución de proyectos.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el análisis de la cuestión, debemos examinar los hechos relevantes:

1) El 17-2-2016 se concedió licencia urbanística y ambiental de actividad clasificada como panadería obrador (molesta por ruidos, vibraciones, olores, humos y gases) en C/ Cortes de Aragón, ..., folio 68 y siguientes.

2) El 15 de abril de 2016 se solicitó licencia de inicio de la actividad con el certificado de la "Licencia Urbanística y actividad", destinado a justificar el ajuste de las obras a la licencia concedida y con el certificado acústico, folio 33 a 55, en el cual se certificaba un aislamiento acústico, según el resultado de las diversas mediciones, de 57,7 dB, con un DB 125 de 53,8 dB en la zona de obrador, folio, folio 49, y de 50 dB con D 125 de 46,2 dB en la zona de tienda, folio 48.

En cuanto a las inmisiones en zona interior, son inferiores a 27 dB, que es la máxima permitida en las piezas habitables según el art. 41 de la Ordenanza, en el horario más restrictivo, de 22 a 8 horas. Las inmisiones en zona exterior son de 52,9 dB, inferiores a las 55 máximas que se permiten en horario de 22 a 8 horas en la Zona II, aplicable a este caso.

3) Se realizó visita de inspección el 27-4-2016, folio 146, de la Jefe de Sección Técnica de Control de Actividades y Disciplina Ambiental, en la que no reseñó ningún inconveniente para seguir la tramitación

4) Por requerimiento del Jefe del Servicio de Disciplina Urbanística de 30 de mayo de 2016, emitió un nuevo informe el 9-6-2016, ratificando el anterior,

5) Aunque es ajeno a la cuestión hoy debatida, consta que hubo un reparo relativo a condiciones higiénico-sanitarias el 25 de mayo, que se consideró subsanado el 5-7-2016.

6) La Jefa de Sección de Control de Actividades emitió propuesta de concesión de licencia de actividad el 12 de julio de 2016, folio 158.

7) El 5 de agosto de 2016, la Jefa de Servicio, haciéndose eco de diversas denuncias sobre los niveles de insonorización y de ruido, pide al Servicio de

Inspección la comprobación de los niveles de insonorización, funcionamiento de los aparatos y niveles de ruido que soportan los vecinos.

8) Con fecha de entrada 13 de septiembre de 2016, folio 167, la recurrente pone en conocimiento del Ayuntamiento que, transcurridos 5 meses desde la solicitud de licencia de inicio de actividad, y contando con informes favorables, pone en marcha la actividad desde esa fecha.

9) Un día después de recibido el anterior escrito, 14 de septiembre, el Jefe de servicio de Inspección notifica a la recurrente que el 4 de octubre se llevará a cabo la visita de inspección para comprobar el ajuste a la ley 11/2014, la 11/2005 y las Ordenanzas Municipales de Medio Ambiente, folio, 162, lo que se notifica el 21-9-2016, folio 163.

10) El 23-9-2016 se dictó auto de este Juzgado en PO 30/2016, interpuesto contra la denegación de licencia de actividad, por el cual se declaró la pérdida de objeto al haberse concedido la licencia de actividad y, por silencio, la de inicio de la actividad, auto que no fue recurrido ni se pidió aclaración alguna sobre lo dicho respecto de la licencia de inicio de actividad.

11) El 5 de octubre, realizada la inspección mencionada, se informa que, con un D125 de 51,7, el aislamiento global es de 54,0 dB, así como que el funcionamiento del horno en vacío tiene un valor de inmisión corregido en el dormitorio vivienda del 1º A de 20,7 dBA.

12) El 19-10-2016, folio 176, de conformidad con la propuesta de 14-10-2016, se concede licencia, con la condición particular de que no se autoriza el ejercicio de la actividad de 22 a 8 horas, en atención al Art. 32 de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones “dado que el aislamiento acústico constatado es de 54 dB”.

13) Recurrido tal acuerdo, fue confirmado el 12-12-2016.

TERCERO.- Con relación al primer argumento, se basa en el Art. 84 y 87 de la ley 11/2014 de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón, que dicen “**ARTICULO 84. SOLICITUD**

1. Con carácter previo al comienzo de las actividades sujetas a autorización ambiental integrada o licencia ambiental de actividades clasificadas, deberá obtenerse la licencia de inicio de actividad.

2. A tal efecto, el titular de la instalación o actividad deberá presentar, ante el ayuntamiento en cuyo territorio se ubique esta, la solicitud de licencia de inicio de actividad acompañada de la documentación que acredite que las obras e instalaciones se han ejecutado de acuerdo con lo establecido en la autorización ambiental integrada o en la licencia ambiental de actividades clasificadas. Dicha documentación deberá consistir en:

*a) Un certificado del técnico director competente de la ejecución y, en su caso, visado por el colegio profesional correspondiente, en el que se **especifique la conformidad de la instalación o actividad con el proyecto aprobado y con las condiciones fijadas en la autorización ambiental integrada o en la licencia ambiental de actividades clasificadas, o un certificado emitido por un organismo de control autorizado en el que se acredite el cumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización ambiental integrada o en la licencia ambiental de actividades clasificadas.***

b) Un acta donde se recoja que se ha comunicado a los trabajadores, si los hubiera, o a sus representantes la solicitud de licencia de inicio de la actividad.

ARTÍCULO 87. RESOLUCIÓN

1.El plazo máximo para que el ayuntamiento resuelva y notifique al interesado la licencia de inicio de actividad será de quince días hábiles contados desde la fecha de su solicitud. En aquellos supuestos en que la actividad esté sujeta a evaluación de impacto ambiental o autorización ambiental integrada, el plazo para resolver y notificar será de un mes desde la fecha de su solicitud.

2.Transcurrido el plazo máximo sin haberse notificado la resolución, podrá entenderse estimada la solicitud presentada”.

En este caso, solicitada la licencia de inicio de actividad el 15 de abril, es claro que habían transcurrido los plazos para obtener la licencia de inicio de actividad, como así se declaró en el auto, especialmente teniendo en cuenta que, antes del vencimiento de los mismos, no había habido reparo alguno, y aun después,

de pasados tales plazos, hubo un reparo higiénico sanitario que se consideró subsanado el 5-7-2016.

El Ayuntamiento opone al silencio el que no se pueden obtener facultades contraídas a las normas, y en este caso lo sería el poder funcionar de 22 a 8 horas con un aislamiento de 54 dB, sin alcanzar el de 56 dB previsto en el 32.1.2 de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento, mientras que la codemandada, además de tal argumento, alega que hay diversos incumplimientos, habiendo presentado prueba sobre ello.

CUARTO.- Con relación a lo primero, la ley 30/1992, vigente el momento de vencer los plazos del silencio, decía, en su art. 43: *"1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.*

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el art. 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo". Por tanto, aquí no hay una prohibición genérica del silencio positivo, y deberíamos ver si es aplicable la ley del Suelo.

Al respecto, cita la codemandada el art. 242.6 de la ley del Suelo. Suponiendo que se refiere al RD Leg. 1/1992, cuyo art. 242 decía *"1. Todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal.*

6. En ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico", el mismo fue derogado por la DDU 2/2008 de 20 de junio TRLS, el cual, a su vez, fue derogado por RD Leg. 7/2015 de 30 de octubre, el cual, al limitar el silencio positivo, lo hace en el Art. 11, en cuyos párrafos 3 y 4 dice *"3. Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.*

4. Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen:

a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.

b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.

c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.

d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público".

Obviamente, no estamos aquí ante un acto de edificación, ni una ordenanza sobre el ruido puede considerarse que forme parte de la *"ordenación territorial o urbanística"*

Finalmente, el DL 1/2014 de 8 de julio que regula la Ley de Urbanismo de Aragón dice, en su art. 239 *"En los supuestos de sujeción a licencia urbanística regulados en esta Ley, transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado*

ésta, el interesado podrá entender desestimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación básica estatal”.

La propia ley 1/2014 no prevé excepción al silencio positivo.

Por otro lado, y aun en los casos de licencia urbanística, es decir, de clasificación o uso del suelo, parcelación, etc., se rechaza que se produzca el silencio positivo se produzca cuando es contrario a una norma por un dato objetivo y más o menos claro e indiscutible, como el incumplimiento de la parcela o el solar mínimo; o la violación de la norma sobre alturas o fondos máximos, etc., en los cuales el incumplimiento o se da o no se da, lo que hace que algo sea desajustado a la norma desde el principio.

Sin embargo, en nuestro caso estamos ante normativa ambiental, y lo que se discute es el aislamiento del local, aislamiento cuya determinación tiene importantes elementos aleatorios, y por ello no es algo que de manera clara e incontestable se pueda determinar ab initio, y en consecuencia no puede producir un efecto de invalidez igual que en el cumplimiento de unos parámetros urbanísticos fácilmente medibles. Así, la medición del aislamiento depende de ciertos elementos aleatorios, el concreto punto en que se mida, del concreto día, con más o menos ruido ambiente -el cual puede variar día a día o ir a más por el hecho de que haya nuevas actividades vecinas, un aumento del tráfico, etc.- del número de mediciones que se hagan, de la calidad del aparato y de su correcto manejo, e incluso de factores totalmente ocasionales o circunstanciales, como pueda serlo, en nuestro caso, la forma de manipulación de bandejas metálicas o el cuidado que se ponga en ello. De hecho, se emitió un certificado del técnico de la recurrente que no fue desmentido por el Ayuntamiento en sus informes antes de que venciese el plazo. Por tanto, había todos los elementos necesarios para obtener la licencia por silencio positivo.

Consciente de todo ello, la normativa precisamente prevé la vigilancia y control del ajuste, una vez está en funcionamiento, a las exigencias de dichas normas, ajuste que puede incluso haber desaparecido, según se ha dicho, si han cambiado ciertas situaciones externas o ajenas al propio licenciatario, como pueda serlo la suma de inmisión de ruidos provocada por alguna otra actividad, en lo que ahora se entrará.

Por todo lo anterior, es claro que se obtuvo la licencia por silencio positivo.

QUINTO.- Se alega que se detectan diversos problemas sobre ruidos y olores, y se han aportado testificales, etc. Sin embargo, todo ello debe tener su canalización a través de los artículos 89 y ss. y especialmente, del art. 99 de la ley 1/2014, que dice **“ARTÍCULO 99. DENUNCIA DE DEFICIENCIAS EN FUNCIONAMIENTO**

1. Advertidas deficiencias en el funcionamiento de una actividad, el departamento competente en materia de medio ambiente, para las actividades sometidas a autorización ambiental integrada, el ayuntamiento, para las sometidas a licencia ambiental de actividades clasificadas, o el órgano sustantivo que corresponda en los supuestos de evaluación de impacto ambiental requerirán al titular de la misma para que corrija las citadas deficiencias en un plazo acorde con la naturaleza de las medidas a adoptar, que no podrá ser superior a seis meses ni inferior a uno, salvo casos especiales debidamente justificados.

2. Dicho requerimiento podrá llevar aparejada la suspensión cautelar de la actividad, previa audiencia al interesado, cuando exista un riesgo de daño o deterioro grave para el medio ambiente o un peligro grave para la seguridad o salud de las personas.

3. Respecto a las instalaciones sometidas a autorización ambiental integrada, los ayuntamientos tendrán la obligación de poner en conocimiento del departamento competente en materia de medio ambiente cualquier deficiencia o comportamiento anormal que observen o del que tengan noticia”.

Como dice el recurrente, éste es el camino adecuado para subsanar las deficiencias, e incluso, si llegase a constatarse la imposibilidad de ello por un vicio de origen insubsanable, podría dar lugar a la revisión por nulidad, en la medida en que se constatase que nunca se debería haber concedido la licencia con funcionamiento que incluya de las 22 a las 8 horas.

En el caso presente, una vez se consideró que, a juicio del Ayuntamiento, el

aislamiento era de 54 dB, en lugar de 56 dB, o incluso si se consideran otros problemas como los olores a horno, se debió haber dado un plazo para subsanar, en lugar de dictar una licencia expresa que alteraba el sentido del silencio, en contra de lo que disponía el 43.3 de la ley 30/1992, aplicable según la DT Tercera de la ley 39/2015.

Al no haberse hecho así, estamos ante una auténtica revisión de oficio por nulidad o anulabilidad (y para ello ya son aplicables las normas de la ley 39/2015 según la citada DT Tercera, punto b), que no ha seguido el procedimiento establecido en los artículos 106 y 107 de dicha ley 39/2015.

Por todo ello, procede estimar el recurso y declarar nulas las resoluciones recurridas, al haber anulado una licencia obtenida por silencio positivo sin seguir el procedimiento establecido.

Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que el Ayuntamiento ejercite las competencias del art. 99 de la ley 11/2014, o, cualquier otra que considere aplicable, a fin de evitar que se produzcan molestias que sobrepasen las que las normas imponen tolerar, no pudiéndose entrar ahora, en vía judicial, en ello, pues en su caso, realizadas las actuaciones que corresponda por el Ayuntamiento, y si dan lugar a una resolución, o bien hay inactividad, podrán ser objeto de un nuevo recurso.

Como recalca la parte codemandada, hay diversas denuncias, cita hasta cinco en su escrito de conclusiones, por diversas molestias, y debe ser en el seno de los procedimientos incoados en el que se determine si se incumple la licencia ya concedida y se hagan los requerimientos de ajuste a la misma, pero tales incumplimientos, de ser ciertos, que habrían sido detectados después de la concesión por silencio, no pueden servir para modificar retroactivamente la licencia en el momento de concederse de manera expresa, que es lo que se hizo.

SEXTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al Art. 139 LJCA, dados los elementos interpretativos que hacen compleja la cuestión de fondo.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por M. contra el acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 12-12-2016, que confirmó en reposición el de 19-10-2016 que concedió licencia de inicio de actividad de panadería con obrador en local de la calle Cortes de Aragón, ..., en lo relativo a la condición particular de realizar la actividad en horario de 8 a 22 horas, debo anular y anulo ambos, declarando haberse obtenido por silencio positivo la licencia, que autoriza el funcionamiento de 22 a 8 horas, sin perjuicio de las actuaciones del Ayuntamiento destinadas a hacer cumplir la licencia.

No procede hacer expresa condena de las costas

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.