

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO. AJUSTARSE AL CONTENIDO DE LICENCIA. BAR.

Procedencia. Ausencia de licencia de apertura. No obtenida por silencio y la mera tolerancia no permite tener concedida la licencia.

Precinto de la fuente reproductora de sonido ajustado a derecho.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Juan Carlos Zapata Híjar

En Zaragoza a 9 de octubre de 2008, habiendo visto los presentes autos el ILMO. SR. D. JUAN CARLOS ZAPATA HÍJAR, Magistrado-Juez, con destino en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente R.S.C. representado por la Procuradora D^a M. y defendido por el Letrado D. P.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a N.. y defendido por Letrado de sus servicios jurídicos D. C.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Gerencia municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 23 de octubre de 2007 por la que se requiere a la actora respecto del bar cervecería "C." sita en c/ Pedro Villacampa 48 para que se ajuste al contenido de la licencia concedida, precintando, si no se cumple voluntariamente, la fuente reproductora de sonido (exp. 1.111.640/2007).

TERCERO.- Procedimiento:

Interposición del recurso el 24 de enero de 2008.

Demanda el 1 de abril de 2008.

Contestación a la demanda el 16 de abril de 2008.

Apertura del proceso a prueba el 16 de abril de 2008, practicándose prueba documental.

Conclusiones del actor el 29 de julio de 2008.

Conclusiones de la Administración demandada el 12 de septiembre de 2008.

Concluso para Sentencia el 16 de septiembre de 2008.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte recurrente.

Estimación de la demanda y Nulidad del acto recurrido, anulando el requerimiento realizado y el precinto del aparato musical.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

a) Tras denuncia vecinal (amén de otros expedientes sancionadoras abiertos, por los mismos hechos o por otros conexos), se le requirió para que adecuase su actividad a la licencia concedida, precintando el aparato musical dado que carecía de licencia de Bar musical.

b) En demanda se sostienen dos motivos de impugnación. Que tiene licencia urbanística con aparato de música y ha solicitado licencia de apertura o puesta en funcionamiento.

c) Que para poder precintarse el aparato de música ha de seguirse el procedimiento establecido en el RAMINP.

SEXTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

Admite que tiene licencia urbanística para Bar del Grupo I (menos de 85 db) pero no para ejercer la actividad como lo estaba haciendo como si se tratase de un Bar Grupo III, con aparato de música que emite más de 85 db.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es preciso reseñar los antecedentes que constan en el expediente, y que se deducen de las manifestaciones de las partes.

Así consta que hubo denuncia vecinal por ejercer la actividad careciendo de licencia para ello (folio 1) correspondiente al día 16 de septiembre de 2007. También fue denunciado otros días posteriores por el mismo hecho. Esta denuncia dio lugar a que se dictase el acto recurrido en el que se requiere de adaptación de la actividad a la licencia concedida como local Grupo I sin equipo musical.

También es importante reseñar que aunque es cierto que tiene licencia urbanística concedida por Resolución de 9 de julio de 1999 (exp. 3.162.295/98) constando en ella que puede poner en funcionamiento aparato musical (inferior a 85 db), solicitó el 25 de julio de 2007 licencia de apertura (exp. 900260/07) sin que conste haya sido concedida hasta la fecha y en menor medida en el momento en que la actividad fue denunciada.

SEGUNDO.- Así las cosas es cierto que la Administración ha incurrido en error pues la licencia urbanística y de actividad no establece como limitación la prohibición de instalar fuente reproductora de sonido, sino más bien al contrario consta en la licencia su posibilidad, pero eso sí, sin superar los 85 db. Pero este error no vicia de nulidad el acto recurrido, por una relevante cuestión que la entidad actora cuando ocurrieron los hechos tenía solicitada licencia de apertura pero no concedida.

La recurrente en ningún momento con anterioridad a la resolución que se impugna en este proceso dispuso de licencia de apertura o puesta en funcionamiento que legitimase la actividad que estaba realizando y es sabido que esta licencia es imprescindible para realizar esta actividad de Bar o Bar especial, que es calificada de molesta por la licencia de instalación siendo preciso que se disponga de previa licencia de apertura (art. 34 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas Decreto 2414/61) y que dado que entra en aplicación el Reglamento de Espectáculos Públicos es precisa su autorización (art. 40 y ss del citado Real Decreto 2816/82). En el mismo sentido el art. 167 en relación con el art. 166 de la Ley 5/99 Urbanística de Aragón, establece que para ejercer cualquier actividad es precisa la “previa” licencia y también el art. 138 del Reglamento de actividades de Aragón decreto 347/2002. Y en la propia licencia urbanística se indica que no se puede ejercer la actividad sin esta licencia.

Si no se puede ejercer la actividad, sin licencia de apertura y ésta -tampoco se discute- no fue concedida por silencio, la conclusión no puede ser otra que la conformación a derecho del acto recurrido, a pesar de la evidente confusión que se aprecia en el expediente y en el propio acto recurrido que parte de que tiene licencia para ejercer la actividad de Bar sin equipo, cuando tiene urbanística con equipo, pero no licencia de apertura. Ya es reiterado que la mera tolerancia, según constante jurisprudencia no permite tener por concedida la licencia y las licencias de obras y e instalación no permiten comenzar a explotar la actividad, si antes no se ha concedido la licencia de apertura. En el presente caso según consta no se ha concedido la licencia por lo que la decisión de precinto del aparato de música, es una decisión posible y conforme a derecho, no pudiendo calificarse de sanción, sino de medida cautelar, como correctamente la califica la Administración.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en precedentes que son de aplicación al caso SSTS 27 de febrero de 1996 (ED 745) y de 13 de julio de 2000 (ED 32762).

Mientras esta licencia no se conceda de forma tácita o expresa no cabe realizar actividad alguna y el precinto es conforme a derecho.

Procede por tanto la desestimación del presente recurso sin perjuicio de que la entidad recurrente obtenga la licencia solicitada para la actividad que pretende.

TERCERO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LRJCA, no se infieren méritos para hacer expresa imposición de las costas causadas.

FALLO

Desestimar el presente recurso N° 30/2008, interpuesto por la Procuradora D^a M. en nombre y representación “R.S.C.” y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar ser conforme a Derecho la actuación recurrida.

SEGUNDO.- No hacer expresa imposición de las costas del presente recurso.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, el Ilmo Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1 de Zaragoza.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 469/2008. Sentencia de 04-05-2012

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO. AJUSTARSE AL CONTENIDO DE LICENCIA BAR.

Congruencia sentencia de instancia, existencia.

Ausencia de licencia de apertura. No obtenida de forma expresa ni tampoco por silencio, no transcurso del plazo para resolver.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Jesús María Arias Juana

MAGISTRADOS

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos (*Ponente*)

En Zaragoza, a cuatro de mayo de dos mil doce.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, Por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, integrada por los Magistrados que al margen se relacionan, el recurso de apelación nº 469/2008, interpuesto por el apelante R.,S.C. representado por el Procurador D^a M. y defendido por el Letrado D. P.; y como parte apelada EL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por el Procurador D^a S. y defendida por el D. C.

Es objeto de apelación la sentencia de 9/10/2008 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno de los de Zaragoza en el Procedimiento Ordinario nº 30/2008 por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la “Desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 23 de octubre de 2007 por la que se requiere a la actora respecto de la cervecería “C.” sita en C/ Pedro Villacampa 48 para que se ajuste el contenido de la licencia concedida, precintando, si no se cumple voluntariamente, la fuente reproductora del sonido, declarado conforme a derecho la actuación recurrida, sin hacer expresa imposición de costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El citado Juzgado, de lo Contencioso-Administrativo dictó la mencionada Sentencia, que notificada a las partes fue recurrida por la parte actora que suplicó se revoque la sentencia de instancia y se declare no conforme a derecho la resolución recurrida, se anule el requerimiento acordado y anule el precinto de las fuentes reproductoras de sonido ordenado, con expresa imposición de costas a la administración.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado del mismo al apelado que suplicó se desestime el anterior recurso y se confirme la resolución que se impugna.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones con emplazamiento de las partes, fue señalado para votación y fallo del recurso el día 3 de mayo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los motivos que arguye la parte apelante para que, con revocación de la sentencia recurrida se estimen sus pretensiones consisten en considerar: A) Incongruencia por cuanto se infringe el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, desviando el objeto del procedimiento, pues, la Administración ha incurrido en error dado que la licencia urbanística y de actividad no establece como limitación la prohibición de instalar fuente reproductora de sonido sino más bien, al contrario consta en la licencia la posibilidad de su establecimiento, pero eso sí, sin superar los 85 decibelios, entrando a prejuzgar si el

establecimiento cuenta o no con licencia de apertura adquirida por silencio positivo, cuando la licencia de apertura es objeto de otro procedimiento judicial, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Cuatro bajo el n° 233/2008. B) Falta de delimitación del objeto del recurso, no ciñéndose la sentencia de instancia al análisis del acto impugnado sin que pueda examinar, como así hace, el acto desde la perspectiva de motivaciones en absoluto contenidas en el mismo, pues, en caso contrario se estaría vulnerando el principio de contradicción, lo que colocaría al interesado en una posición de indefensión. A las pretensiones de la parte apelante se opone la parte apelada.

Sentado lo anterior y siguiendo el orden lógico de las cuestiones planteadas, en primer término es procedente analizar si la sentencia dictada en la instancia es congruente con las pretensiones de la parte. A dichos efectos hay que partir de la base de que Sentencia del Tribunal Supremo de 31/5/2011 tiene declarado que: “Como señalan las sentencia de esta Sala de 2 de febrero y 28 de septiembre de 2010, para perfilar cuando existe incongruencia resulta oportuno recordar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (entre otras muchas sentencias 170/2002 de 30 de septiembre, 186/2002 de 14 de octubre, 6/2003 de 20 de enero, 91/2003 de 19 de mayo, 114/2003 de 16 de junio, 8/2004 de 9 de febrero y 95/2005 de 13 de abril) acerca de en qué consiste la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006 de 13 de febrero). Tampoco cabe dictar un fallo que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (SSTC 23/1996 y 208/1996). La citada jurisprudencia entre lo que son las meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001 de 24 de septiembre) son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que respecto a los alegatos no es preciso una respuesta pormenorizada a todos ellos (SSTC 148/2003, 8/2004 de 9 de febrero) salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006 de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004 de 9 de febrero)... Resulta por lo tanto, patente, que no es necesaria una estricta correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos pues, como tiene declarado sentencia del Tribunal Supremo de 31/10/2007: “Se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones planteadas en la demanda -incongruencia omisiva o por defecto- como cuando resuelve ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas -incongruencia positiva o por exceso-; y en fin cuando se pronuncia extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas -incongruencia mixta por desviación (entre muchas sentencias del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998 y 4 de abril de 2002) no incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porque, no se concede el exceso”.

Pues bien, en el recurso enjuiciado lo que debe resolverse es la pretensión que plantea la actora, que es lo que hace la sentencia de instancia, sin que existan límites a la motivación que se efectúe para llegar a una determinada conclusión. De lo expuesto para determinar si la resolución recurrida es o no conforme a derecho claramente se infiere que la licencia urbanística que fue concedida en 1999 no sólo hacía mención a que, “el equipo musical quedará ajustado por debajo de 85 decibelios”, sino también en sus prescripciones generales establecía en su párrafo 2º: “Será precisa la obtención de la licencia municipal de apertura antes de comenzar a desarrollar la actividad” y puesto que de las actuaciones claramente se infiere que la licencia de apertura no se había obtenido, no ya de forma expresa cuando se dictó la resolución recurrida, sino tampoco podía haberse obtenido por silencio positivo, pues, tal y como hace valer el actor en escrito de 20/11/2007 al interponer recurso de reposición frente al requerimiento efectuado “No se ha recibido ninguna documentación para proceder a la inspección y consecución de la correspondiente licencia de apertura y dicha petición se hizo el 25 de julio de 2007”, lo que significa que cuando se dictó la resolución de 23/10/2007 no había siquiera transcurrido el periodo de tres meses preciso para resolver, conforme prevé el artículo 175 d) de la

Ley 5/1999 de 25 de marzo Urbanística de Aragón. Por tanto y sin entrar a conocer si en un momento posterior se obtuvo por la recurrente licencia de apertura es claro que no dictándose resolución expresa, ni habiendo transcurrido los plazos para examinar si la misma puede obtenerse por silencio, es claro que se estaba ejerciendo una actividad de carácter molesto no amparado por la licencia de apertura, siendo un requisito necesario conforme prevé el artículo 34 del RAMNIP y por tanto la resolución administrativa es conforme a derecho. En función de lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas del recurso de apelación a la parte apelante al serle desestimadas todas sus pretensiones y no concurrir circunstancias excepcionales que justifique su no imposición con un límite de 1500 euros.

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación número 469/2008 interpuesto por R.S.C. contra la sentencia obrante en el encabezamiento de esta resolución.

SEGUNDO.- Se imponen las costas del recurso de apelación a la parte apelante con un límite de 1500 euros.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.