

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

PRECINTO DE INSTALACIÓN DE CLIMATIZACIÓN Y EXTRACCIÓN.
CAFETERÍA.

Ruido aire acondicionado.

Indefensión material por falta de audiencia.

Anulación de la medida provisional por ausencia de plazo de subsanación.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA , a doce de septiembre de dos mil ocho.

El Sr. D. Javier Albar García, Magistrado-Juez de Contencioso Administrativo nº 2 de ZARAGOZA y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de procedimiento ordinario 524 /2007-sección AT seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente G.,S.L., representada por la Procuradora Dña. M.N.J. y defendida por el Letrado D. P.J.C.H., y de otra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Dña. N.C.A. y defendida por el Letrado D. C.G.P., sobre acuerdo del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de entrada en el Registro del Juzgado Decano 9-11-07, se interpuso por la Procuradora Sra. N.J., en nombre y representación de G.,S.L., recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Acuerdo del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo, del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 16 de Octubre de 2007, por la que se acuerda la medida provisional consistente en precintado de la instalación de aire acondicionado y extractor existentes en el establecimiento destinado Cafetería, denominado L.I., sito en calle Muralla Romanas de Zaragoza. Expediente Administrativo nº 991.160/07.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en Autos.

TERCERO.- Que mediante Auto de fecha 15-2-08, se acordó fijar la cuantía del recurso en 18.030,36 euros.

CUARTO.- Recibido el procedimiento a prueba, por la parte actora se propuso prueba documental, testifical y pericial, practicándose, previa declaración de su pertinencia, con el resultado obrante en Autos.

Finalizado el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados por las partes y quedando los Autos a disposición de S.S^ª. conclusos para dictar Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las

prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución de 16-10-2007 del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo que acordó incoar procedimiento sancionador con relación a la cafetería L.I., situada en Murallas romanas, por incumplimiento de la licencia, condiciones 2ª y 10ª en lo relativo al nivel de ruidos, y que acordó como medida provisional el precintado de la instalación de aire acondicionado y extractor existente, con requerimiento para que adoptase las medidas necesarias de corrección que evitasen la continuación del incumplimiento.

Se alega que la misma produce perjuicios de difícil reparación, que la misma es de imposible cumplimiento, que se incumplió el principio de audiencia y que no era ajustada a la situación, además de impugnar las mediciones realizadas.

SEGUNDO.- Se denunciaron por la vecina del piso superior tres excesos de ruidos el 1-8-2007, 15-8-2007 y 13-9-2007, lo que dio lugar a la incoación del procedimiento y, sin dar audiencia a la recurrente, al cierre de la climatización y extracción. Con independencia de la resolución de fondo se dan las circunstancias que el art. 25 de la LJCA establece para permitir recurrir las resoluciones de trámite como son que se produzcan perjuicios irreparables de derechos o intereses legítimos. En una suspensión de un negocio, o como en este caso, de un elemento importante del mismo, como es la climatización y el extractor, que imposibilita que se use la cocina, supone un perjuicio grande a una cafetería.

No puede decirse que resulte imposible su cumplimiento, en el sentido de que el precinto no permite la revisión y reparación, en su caso, ya que el precinto impide el uso, pero si se trata de repararlo, no habría tenido ningún problema en pedir y obtener la autorización.

TERCERO.- Dicho lo anterior, se invoca la falta de audiencia. Ni el art. 136 de la Ley 30/1992, relativo a las medidas provisionales en sede de procedimiento sancionador, como es el caso, ni el 72, en sede de procedimiento ordinario, prevén la previa audiencia de forma expresa. Tampoco el art. 31 de la Ley 37/2003 de 17 de noviembre del Ruido prevé expresamente tal principio ni el art. 4 que regula el D. 28/2001 que regula la potestad sancionadora en la CA de Aragón. Sin embargo, la necesidad de la misma se desprende del procedimiento por varios motivos. En primer lugar, porque si bien es lógico que no siempre se exija, pues o puede haber medidas provisionales inmediatas que pueden ser tomadas en relación a la índole del asunto, en cambio hay otras en las que la adopción de tales medidas, en aras del derecho de defensa, garantizado con carácter general en el art. 84 de la Ley 30/1992 y con carácter específico para las sanciones en el 135 de la misma Ley, precisa de tal audiencia de modo inevitable.

Así, entre las primeras estarían los casos en que se carece de licencia. Ante un bar que emite ruidos excesivos y que carece de licencia, es claro que puede cerrarse el mismo, pues no cumple con el requisito mínimo para estar abierto, que es poseer la licencia, la cual o se tiene o no se tiene, y lo más que debe de haber es un requerimiento de exhibición de la misma, si se afirma poseerla. A tal supuesto se refería la Sentencia del TSJ de Cataluña de 2-3-1999, aparentemente similar al presente caso, pero en realidad muy distinto, ya que en ella efectivamente había un exceso de ruidos, pero la medida cautelar, sin previa audiencia, se tomó porque el local carecía del último certificado referido al aislamiento y ello implicaba que no tenía derecho a abrir. Es decir, en esos supuestos la audiencia no puede añadir al interesado ninguna posibilidad frente a un dato indiscutible, la carencia de derecho de apertura.

Entre los segundos, por el contrario, están aquellos supuestos en que no hay un dato incontrovertible sobre la falta de derecho de apertura o sobre la comisión de la infracción. Ese es nuestro supuesto, en el cual se constata un exceso de ruidos en una vivienda cuando, en la misma manzana, que no es muy grande, existen los tres establecimientos hosteleros, según el informe de 18-6-2008, en concreto, el bar G., el bar GA., y el café del M.. La falta de audiencia respecto de la medida no le permitió

al recurrente alegar en tal sentido. También se da la circunstancia de que la causa del ruido, excesivo se achaca a las vibraciones o ruidos que superan lo normal del aire acondicionado, pero, a diferencia de la música, en la cual se puede identificar, por el tipo de música, de dónde viene en el ruido del aire acondicionado, si hay patio de manzana, es realmente complicado saber si se corresponde a tal o cual local, y más si no se ha procedido a apagar los aparatos en todos ellos.

A todo ello se suma que si bien el ruido puede ser molesto, habían pasado dos meses desde la primera medición, con lo cual no se justifica en la importancia de los perjuicios y en la urgencia en evitarlos, pues bien podía haberse esperado tres días.

En definitiva, objetivamente, la audiencia era necesaria en el caso presente, si no se quería incurrir en indefendible, en la cual, por omitirla, se incurrió, siendo muchas las Sentencias en las que se hace referencia a la audiencia, dándola por presupuesta mente necesaria: STSJ de Madrid de 28-2-2002, de Castilla-León (Valladolid), de 17-12-2001 o de 27-9-1999 de Andalucía, Granada, que la considera expresamente necesaria.

Por tanto, la alta de audiencia generó indefensión material en este caso, a la que también se tiene derechos en las medidas cautelares, debiendo por ese motivo ser anulada la medida provisional de clausura de la climatización y de la extracción.

CUARTO.- A todo lo anterior se suma otro dato, la medida no se justificó como ya se ha adelantado en el fundamento anterior. La medida provisional debe de estar destinada a evitar perjuicios a terceros o a los intereses generales, y se debe de basar en una evidencia o constatación con elevadas posibilidades de ser cierta. En el caso presente, en cambio, los agentes dijeron que se había constatado que procedían del bar L.I., en concreto el compresor. Sin embargo, no dan el más mínimo dato objetivo que permita dar por posiblemente cierta tal afirmación. Es decir, además de no indicarse si se fueron apagando alternativamente los demás aparatos en los demás bares, no se indica cuál es la razón de ciencia para saber que el compresor causante del ruido era ese y no otro. No se dice si había más compresores de aire o no, ni si estaban en un mismo patio o no. A ello se suma el documento que, si bien no se ha ratificado, tampoco ha sido expresamente impugnado, firmado por quienes realizan el mantenimiento, I.S.L., que dice que el 9-8-2007 estaban en perfecto estado. Todo ello podrá ser discutido o no, pero también puede ser discutido. el acierto de. los agentes, que, presunción de certeza, art. 137.3 de la Ley 30/1992, pero no de presunción de acierto y ya se ha indicado, los aspectos objetables de su conclusión.

Cierto es que, como alega el Letrado municipal, la recurrente afirma que cambiaron los aparatos, lo que dice que supondría un reconocimiento de su mal estado, así como que desde que se cerró dejó de haber denuncias. Frente a lo primero, puede ser reconocimiento o puede ser simplemente decisión empresarial de cambiar un aparato que puede estar amortizado, y a fin de prevenir que siga habiendo problemas. En cuanto a lo primero, puede ser un dato que conduzca a pensar que efectivamente era ese el origen, pero puede ser que la denunciante simplemente se cansase de denunciar o pensase que ya estaba el asunto en manos' del Ayuntamiento. Por tanto, caben otras explicaciones alternativas a las que nos da el Letrado consistorial. También cabría reseñar que la misma tampoco denunció con posterioridad al 9-11-2007, fecha de suspensión de la clausura por este Juzgado, lo que es un dato que indica lo contrario, es decir que no se debía al aire acondicionado de este local.

Por tanto, en definitiva, ni el asunto era tan urgente como para resolver sin audiencia como ya se ha dicho, ni había datos tan sólidos que autorizasen a hacerlo sin haberse llevado a cabo una inspección por técnicos, como ahora se verá.

QUINTO.- Sin entrar en la cuestión de la capacidad de la Policía Local para hacer mediciones de ruido, que se ha venido admitiendo por este Juzgado, hay que tener en cuenta el D. de 30-11-1961, que regula las Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, RAMINP, que en los art. 35 y siguientes establece la posibilidad de inspeccionar el incumplimiento de las licencias, estableciéndose en el art. 36 la obligación de dar un plazo de subsanación, así como previendo que la visita se gire por un técnico. Por tanto, ante un establecimiento con licencia, lo procedente habría sido dar un plazo, por breve que fuera, para subsanar el aparente defecto que

presentaba, en lugar de precintar los aparatos sin siquiera dar la oportunidad de verificar algo o de subsanar los defectos.

Por todo lo anterior, procede anular la resolución recurrida en lo relativo al precinto de la instalación de aire acondicionado y extractor.

SEXTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por G., S.L. contra la resolución de 16-10-2007 del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo que acordó incoar procedimiento sancionador con relación a la cafetería L.I., situada en Murallas Romanas, por incumplimiento de la licencia, condiciones 2ª y 10ª en lo relativo al nivel de ruidos, y que acordó como medida provisional el precintado de la instalación de aire acondicionado y extractor existente, con requerimiento para que adoptase las medidas necesarias de corrección que evitasen la continuación del incumplimiento, debo anular y anulo la misma en lo relativo a la medida provisional de precinto del aire acondicionado y el extractor, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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