

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE APERTURA. ACTIVIDAD CAFETERÍA.

Local de edificio residencial de viviendas.

Silencio administrativo.

Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones.

Horarios de cierre.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier AlbarGarcía

En Zaragoza, a veintiuno de Diciembre de dos mil uno.

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 543/2000 -BC seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente COMUNIDAD de PROPIETARIOS de la casa nº...y...Avda. Cataluña de Zaragoza , representada por el Procurador Sr. G. N. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por el procurador Sr. P. A. y los codemandados D. J. C. R. y “J. C., S.L”. representados por la Procuradora Sra. H. H. sobre anular licencia apertura cafetería, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 15 de Diciembre de interpuso por el Procurador Sr. Giménez Navarro, en representación de “COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la casa de la Avenida Cataluña de Zaragoza”, recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

“Revocación de la licencia de apertura concedida a J. C. R. para la actividad de cafetería en el local de avenida de Cataluña de Zaragoza, en expediente nº 3.158.880/97”.

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 en escrito de 7-3-2001 se personaron en autos la Sociedad Mercantil “J. C. S.L.” y D. J. C. R., representados por la procuradora Sra. H. H.; y 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, y seguidamente se confirió traslado a los codemandados para que contestaran a la demanda, trámite que evacuaron mediante el escrito que consta unido.

TERCERO.- Que por auto de fecha 4 de julio de 2000 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Por la parte actora y codemandada se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, acordándose abrir los pertinentes ramos, y practicándose toda la propuesta y admitida con el resultado que obra en autos.

Finalizado el periodo probatorio se unieron los ramos a los autos, y solicitado por la Procuradora de los codemandados el trámite de conclusiones, se acordó el mismo dando traslado sucesivamente a las partes, comenzando por la actora para que en el plazo de diez días presentaran escritos de alegaciones sucintas, trámite que todas las partes evacuaron, en tiempo y forma, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se solicita que el Ayuntamiento cumpla con el acuerdo, tomado por silencio positivo, de revocación de la licencia de apertura concedida a J. C. R. para la actividad de cafetería en el local de avenida de Cataluña de Zaragoza, en expediente nº 3.158.880/97, habiendo tomado el Ayuntamiento dicho acuerdo ante la solicitud de 20-1-2000 hecha por la recurrente, reiterada el 17-5-2000 por medio de recurso de reposición, ante el silencio, que entonces entendió negativo, la cual habría producido silencio positivo.

Por el Ayuntamiento y la codemandada se alega inadmisión del recurso por extemporáneo, ex. art. 46 LJCA, por pretender la modificación de un acto firme, ex. art. 28 LJCA y por no haberse infringido las condiciones de la licencia.

SEGUNDO.- Lo primero que debemos de hacer es concretar el acto que ha sido recurrido. Como resulta no sólo de las precisiones terminológicas hechas en fase de conclusiones, sino de los propios escritos iniciales, lo que se pretende no es la impugnación de la licencia en sí, lo cual atendería a la ilicitud de origen de la misma y sería imposible por haber devenido firme, sino la revocación de una licencia que, válidamente concedida, se habría incumplido. Ello se desprende claramente del hecho de que lo que se impugna y discute es el cumplimiento de los límites de emisiones sonoras y los horarios de apertura, y no que dichos límites no sean ajustados a la ordenanza.

Ante lo anterior, debe de identificarse si el acto recurrido es un acto dictado por silencio positivo o negativo. No se puede decir, al respecto, que se trate de una impugnación de un acto, ya que no se recurre la licencia, sino que se está pidiendo que se dicte un acto nuevo, por el cual se revoque una licencia por incumplimiento de la misma. Sin embargo, tampoco se puede decir que se trate de un acto por silencio positivo, y ello porque el art. 43.2 de la ley 30/1992 excluye de tal silencio positivo aquellos casos en que una norma con rango de ley establezca lo contrario. Tal excepción lo normal es que se fije de forma expresa, pero también puede fijarse de forma tácita, cuando la naturaleza del acto que se pretende excluya la posibilidad de que se produzca un silencio positivo. Ello es lo que ocurre en nuestro caso, ya que en el art. 196 de la ley 7/1999 de 9 de abril de Aragón que regula la Administración Local, en el cual se establecen los diversos supuestos en los que puede anularse o revocarse una licencia -por cierto con bastante imprecisión terminológica- y en concreto en el párrafo 3 se dice que en el procedimiento instruido se dará audiencia a los interesados. Es decir, para que se revoque o anule una licencia municipal es preciso que se tramite un procedimiento con audiencia a los interesados, por lo que no es posible que se dicte resolución, expresa o presunta, sin dicho procedimiento, lo cual supone que una norma con rango de ley impide que haya silencio positivo. En consecuencia, el silencio en este caso es negativo. Es más, la propia parte era consciente de ello cuando interpuso el recurso de reposición, que se formuló ante el silencio negativo, según resulta del propio escrito del mismo, y cuando se está ante un recurso de reposición, el silencio solo puede ser negativo, según el art. 116.2 de la ley 30/1992, por lo que, ante la misma, el silencio volvió a ser negativo.

Como consecuencia de lo anterior, estamos ante un silencio negativo, producido a partir de la interposición del recurso de reposición, que tuvo lugar el 17-5-2000, por lo que el 17-6-2000, vencido el plazo de resolución, con arreglo al art. 117.2 ley 30/1992, se empezó a computar el plazo de seis meses, que concluyó el 17-12-2000. En consecuencia, interpuesto el recurso el 14-12-2000, estaba dentro de plazo.

Por ello, se debe de rechazar la inadmisión por extemporaneidad del recurso.

TERCERO.- En cuanto a la inadmisión por ser el acto recurrido reiteración de otro anterior o firme o por ser confirmatorio de otros consentidos y firmes, debe de rechazarse desde luego que tal firmeza se produzca por haberse concedido licencia, ya que, como se ha indicado, no se discute la legalidad de la misma, sino que se pide que se dicte un nuevo acto que deje sin efecto la anterior licencia por su incumplimiento, con base, por tanto, en actos posteriores a la licencia y que consistirían en el incumplimiento de las condiciones de la misma.

Respecto de si había habido actos firmes como consecuencia de anteriores denuncias, resulta que efectivamente, ante diversas denuncias, se requirió el 19-2-1999

para que se retirase el equipo de música , cosa que se llevó a cabo antes de abril de 1999, no obstante lo cual posteriormente hubo nuevas denuncias por no cerrarse a las 22 horas o por exceso de ruidos, como la de 20-2-99, 22-12-99, por lo que la resolución municipal sobre el requerimiento de retirada del equipo musical no afectaría a la conducta posterior de licenciatario, con lo cual no se produce tal efecto de firmeza por actos municipales anteriores, debiendo entrarse en el fondo del asunto.

CUARTO.- En cuanto a si se incumplen las normas sobre ruidos y horarios, y empezando por lo primero, debe tenerse en cuenta que en una materia como la de las emisiones de ruidos lo determinante es el empleo de aparatos técnicos, ya que la percepción subjetiva de los vecinos no tiene más efecto que el de poner en marcha los procedimientos de sanción o revisión, dada la imposibilidad de guiarse, para determinar el cumplimiento o incumplimiento, por dicha percepción, lo cual da especial relevancia a la pericial.

En la pericial se constató que no se superaban los límites , que son 45 dB. (A), que son los aplicables, según la licencia, que implícitamente se remite al art. 34 de la Ordenanza Municipal de Ruidos y Vibraciones, entre las 8 y las 22 horas, alcanzándose 43,46 desde el dormitorio principal del piso 1º A y 42,51 dBA. desde el pasillo. La medición se hizo cuando había unas 40 personas en el bar, que será ocupación media o alta, comprobándose eso tanto antes como después de haberse realizado, y habiendo acudido el perito sin previo aviso, de modo tal que el ruido, medido a las 8 horas, era el habitual en un día de diario en dicho bar. Tal pericial lleva a concluir que se cumplen los límites de ruido. No es obstáculo a tal conclusión la de que si se hubiesen encendido ambas televisiones se podría haber superado el ruido, en primer lugar porque ello no se aseguró, pues se dijo que era posible pero “no lo puede asegurar”, debido ello a que el ruido no se suma aritméticamente, por lo que cuando se unen dos fuentes de ruido distintas la emisión resultante no es el resultado de sumar aritméticamente ambas, sino que se produce una subida ponderada dependiente del tipo de ondas emitidas por cada fuente, cuestión ésta que aun no explicada en esta pericial es sabida en este Juzgado como consecuencia de haberse realizado ya otras periciales con igual finalidad. Es decir, la conclusión del perito de que no se puede asegurar que con ambas televisiones superaría el límite se basa en tal hecho. En cuanto a los altavoces, cierto es que indicó que estaban instalados y que según el folio 18 consta que tiene instalación musical, pero resulta que tal folio que obedece a una inspección de 5-6-1998, es obviamente anterior a la retirada del equipo musical ordenada el 19-2-99 y comprobada el 29-4-99, folio 11 de la ampliación del expediente, por lo que las especulativas conclusiones del perito se basan en un dato inexacto. Ciertamente es que se dijo que se oían las voces de una conversación, pero ello ni implica que se sobrepase el nivel, pues se habría reflejado en la medición, y debemos remitirnos a lo ya dicho sobre la percepción subjetiva, ni que haya un mal aislamiento del local como tal, pudiendo obedecer a un defecto constructivo que se refleje también entre pisos o desde el local aunque no se dedique a ninguna actividad precisada de licencia de instalación.

En cuanto al exceso de horario, ninguna prueba sólida se ha practicado. En primer lugar, las denuncias realizadas acreditaron que el 27-11-98 estaba cerrado el local, que el 20-2-99 sí que estaba abierto con cuatro clientes, que el 22-12-99 a las 22,45, estaba abierto pero sin clientela, explicándose que se estaba cerrando. En consecuencia, sólo un día de los tres se puede decir que estaba en actividad el local, ya que el concepto de abierto o cerrado es relativo en cuanto que puede tener las puertas abiertas para ventilar o sacar la basura y no implicar que esté abierto al público. A su vez, las testificales de copropietarios, o familiares de estos, reconocen todas ellas su interés en el asunto, por lo que escasa fiabilidad cabe darles, no por pensar que mientan de forma deliberada sino por el hecho de que lógicamente manifiestan su punto de vista subjetivo, y no se precisa en sus testificales si bajan a ver si el bar está abierto o lo deducen del hecho de haya ruidos o de que vean luces, puesto que todos ellos reconocen que se realizan al cerrar las labores de limpieza, con lo cual la mera apertura material de puertas o la presencia en el interior del titular no implica que esté abierto el mismo. Por otro lado, si tan reiterados son los incumplimientos, es relativamente fácil de acreditar, por medio de informes de detectives o de actas notariales de repetidos días, siendo esto último importante, pues el hecho de que algún día aislado se tarde algo en cerrar, por haber clientela a la que no se puede echar justo a la hora, o por tratarse de días especiales como vísperas de determinados festivos,

etc., no implica tampoco incumplimiento generalizado, que es el que justificaría la anulación o revocación de la licencia, cosa que sí ocurre cuando por repetidos días se observa tal tardanza en el cierre.

En consecuencia, procede concluir que no se ha acreditado que se incumplan de forma sistemática los horarios de cierre ni los límites de emisión de ruidos, por lo que no procede ni estimar el recurso ni instar al Ayuntamiento a que inicie el expediente correspondiente, sin perjuicio de que en el futuro se pueda dar tal circunstancia, debiendo velar el Ayuntamiento de forma especial por el cumplimiento de este tipo de normativas.

QUINTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA, al no haberse apreciado temeridad o mala fe.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios de Avenida de Cataluña contra la resolución emitida por silencio negativo frente al recurso de reposición interpuesto a su vez contra el silencio negativo por el que se habría desestimado la solicitud de revocación o anulación de licencia de la que es titular J. C. R. respecto del local de Avenida de Cataluña, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación.

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