

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO DE AJUSTAR ACTIVIDAD DE BAR A LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO.

Procedencia.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis-Carlos Martin Osante

En ZARAGOZA, a dieciséis de Septiembre de dos mil diez.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de ZARAGOZA, los presentes Autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 0000392/2009-F instados por V.,S.L., representado por el Procurador D^a M.N.J. y asistido de la Letrado D^a S.B., siendo demandado AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procurador D^a N.C. y asistido de la Letrado D^a M.J.P.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23-09-2009 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta ciudad, escrito de interposición de PROCEDIMIENTO ORDINARIO en el que se formuló recurso contencioso-administrativo por la representación procesal y defensa de V.,S.L., frente a la siguiente actuación administrativa:

-Resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 21 de julio de 2009 por la que se acuerda “desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por D. A.A.C., en representación de V.,S.L. contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 23/06/2009 (expediente administrativo nº 1.373.957/08)”, Resolución dictada en expediente administrativo nº 797.285/09.

SEGUNDO.- Mediante providencia se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración.

Una vez recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

TERCERO.- Mediante Auto se fijó la cuantía del presente procedimiento en INDETERMINADA (SUPERIOR A 18.030,36 €) y se recibió el proceso a prueba.

Con posterioridad se practicaron las pruebas admitidas a las partes con el resultado que obra en Autos. Una vez formuladas las conclusiones, quedó el juicio visto para sentencia.

Mediante Auto dictado con fecha 17-06-2010 se acordó la practica de una diligencia final. Una vez practicada, y tras concederse traslado a las partes para su valoración, quedaron los Autos conclusos para dictar Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.- El presente proceso tiene por objeto el recurso contencioso-administrativo formulado por V.,S.L., frente a la resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 21 de julio de 2009 por la que se acuerda “desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por D. A.C.A.C., en representación de V.,S.L. contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia Municipal de

Urbanismo de fecha 23/06/2009.

En el suplico de la demanda se insta por la parte recurrente que se dicte sentencia estimatoria de la demanda por la que "se declare nula de pleno derecho la Resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de 21 de julio de 2009, dictada en Expediente Admón. núm. 797.285/09, y por ende se declare la nulidad de la condición particular del Acuerdo del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 23/06/2009 (Exp. Admón. nº 1.373.957/08) por la que se procede a limitar el horario del equipo de música hasta las 23 horas (0:00 viernes, sábado y vísperas de festivo), así como la nulidad de la condición relativa al nivel de presión sonora máximo indicado, declarándose como situación jurídica individualizada el derecho de mi representada a utilizar el equipo de música durante todo el horario de funcionamiento de la actividad, estableciéndose a su vez que el nivel de presión sonora máximo del equipo de música es de 83 db(A). Y todo ello con imposición de costas al Ayuntamiento si se opusiere a esta demanda."

SEGUNDO.- La alegación de desviación procesal.- En la contestación a la demanda del Ayuntamiento de Zaragoza se alega la concurrencia de desviación procesal por el hecho de que en el recurso de reposición formulado por V.,S.L., en vía administrativa no se instó ninguna pretensión concreta respecto de la presión sonora del aparato de música.

La pretensión expuesta en la vía administrativa, señala la jurisprudencia, no puede ser esencialmente distinta de la formulada en la vía jurisdiccional y si bien pueden en el escrito de demanda alegarse en justificación de las pretensiones cuantos motivos procedan, aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa, ello ha de entenderse en sus justos términos, es decir, en el sentido de poder alegarse nuevas razones o argumentos para fundamentar las pretensiones, pero no en el de suscitarse cuestiones nuevas, las que consisten en la falta de previo enjuiciamiento administrativo de la cuestión, que opera como antesala de su posterior enjuiciamiento jurisdiccional como requisito indispensable para el posterior actuar de la jurisdicción (EL DERECHO, EDJ 2007/233392, TS Sala 3ª sec 7ª, S 30-11-2007, 64/2004. Pte: González Rivas, Juan José).

La naturaleza revisora de la Jurisdicción exige imperativa y necesariamente que a la Administración, previamente a la vía jurisdiccional, se le haya dado oportunidad de resolver, en la propia vía administrativa, sobre las pretensiones que se formulen en aquélla.

En el caso que nos ocupa, dado que por la parte recurrente se instó en su momento la licencia de funcionamiento respecto del establecimiento de la calle Miguel Allúe Salvador, nº 11, bajo, Zaragoza, cabe entender que las consideraciones que se efectúan en el suplico de la demanda se ajustan a lo que se aportó con la solicitud formulada y la documentación adjunta, por lo que no cabe entender que se trate de cuestiones no planteadas en vía administrativa. Cabe entender que se solicitó la licencia de funcionamiento con las condiciones que se ajustaban a la documentación aportada.

Todo ello sin perjuicio de lo que se dirá con posterioridad respecto de la exigencia de adecuación entre la licencia urbanística y de actividad clasificada, y la licencia de funcionamiento.

TERCERO.- La licencia urbanística y de actividad y la licencia municipal de funcionamiento.- Con carácter general, la labor de la Administración a la hora de determinar el respeto a los intereses generales y a los derechos ciudadanos se divide en tres momentos. El primero es la licencia de acondicionamiento, instalación, obra, etc. , en la cual se aprueba la instalación de una determinada actividad así como el proyecto de la misma, comprobando que lo que se pretende hacerse corresponde con la legalidad urbanística, medioambiental, de seguridad, etc. La segunda fase viene cuando, una vez concluida la obra o instalación, se comprueba que la misma se ajusta al proyecto que se aprobó, finalmente, y una vez concedida la licencia y abierto el local, hay una tercera fase, que es el control por los medios de inspección correspondientes de que no se realiza actividad distinta de la prevista o sin ajustarse a las condiciones de la licencia.

En el caso que nos ocupa, si bien el recurso contencioso-administrativo se

formula respecto de la licencia de funcionamiento otorgada por el Ayuntamiento de Zaragoza (Acuerdo del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 23/06/2009, expediente administrativo nº 1.373.957/08) y en concreto respecto de las condiciones introducidas en la misma, no se debe dejar de lado el dato esencial de que al establecimiento objeto del presente proceso se le otorgó una licencia urbanística y de actividad clasificada que sirve de presupuesto a la licencia de funcionamiento, de tal forma que las prescripciones que se incluyeron en la primera de las licencias han de ser mantenidas respecto de la segunda.

Efectivamente, tal y como se desprende de la información suministrada por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza mediante la correspondiente diligencia final, en la resolución que concede la licencia urbanística y de actividad clasificada, otorgada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo en su reunión de 4/12/2007 (expediente administrativo nº 0806687/06), incluyen, entre otras condiciones, las siguientes:

“B) *CONDICIONES ESPECÍFICAS:*

7º.-*HORARIO: Respecto del horario se estará a lo dispuesto en el art. 34 de la Ley autonómica 11/05 de 28 de diciembre sobre Espectáculos Públicos Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos sin perjuicio de las limitaciones mediambientales que correspondan de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 de la Ordenanza Municipal de Protección contra Ruidos y Vibraciones y resolución de la M.I. Alcaldía-Presidencia de fecha 26 de mayo de 2006.*

8º.- *HORARIO MEDIO AMBIENTAL.*

De conformidad con lo establecido en el art. 6 del Decreto 220/2006 de 7 de Noviembre del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, queda prohibido el funcionamiento de equipos de música antes de las 12,00 h.

Asimismo, y de acuerdo con el art. 32.1.b de la Ordenanza para la protección contra ruidos y vibraciones y la resolución de la M.I. Alcaldía-Presidencia de 26-05-06, las fuentes reproductoras de sonido recogidas en el proyecto sólo podrán funcionar desde las 12 hasta las 23,00 horas de domingo a jueves, ambos inclusive y hasta las 0,00 horas en viernes, sábado y visperas de festivo, pudiendo ser sancionado su incumplimiento.”

Hay que tener en cuenta que es la licencia ambiental de actividades clasificadas, una vez otorgada, la que incorpora las prescripciones necesarias para la protección del medio ambiente, detallando, en su caso los valores límite de emisión de contaminantes, las medidas preventivas de control y de garantía que sean procedentes, las prescripciones necesarias relativas a la prevención de incendios, etc.

En definitiva, se trata de la actuación administrativa prevista por la legislación vigente para que se analicen estas cuestiones y se inserten tales condicionantes.

La entidad recurrente no cuestionó en su día ninguno de los requisitos o condicionantes de esta licencia.

De esta forma, la licencia de funcionamiento otorgada con posterioridad a V.,S.L., lo único que ha hecho, sobre las cuestiones que se plantean por la parte recurrente, es mantener estos condicionantes, por lo que no cabe entender que la misma sea contraria a Derecho. En el informe del Servicio de Inspección de fecha 24/3/2009 (obrante en el expediente administrativo al folio 53), se contienen los condicionantes indicados del equipo de música, se señala lo siguiente: “*para la redacción del presente informe se ha aportado como antecedentes los siguientes expedientes:*

0806687/06 licencia urbanística y de actividad

0694177/06 licencia de apertura

0674801/04 licencia urbanística y de actividad”

Es evidente, que el contenido de tales expedientes administrativos, y en especial de las correspondientes resoluciones administrativas, es presupuesto básico para la decisión administrativa adoptada, así como para la decisión del presente proceso.

En la propia resolución otorgando la licencia de funcionamiento (obrante en el expediente administrativo al folio 60) se señala en el apartado 9º: “*Se mantendrán*

las condiciones de carácter general y específicas con las que se otorgó la licencia urbanística en Expediente N°806687/2006.”

La licencia municipal de funcionamiento se contempla en el art. 17 de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (para las actividades recogidas en el Catálogo de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, Decreto 220/2006 de 7 de noviembre, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre). Cabe hacer notar que tanto las licencias urbanísticas como las ambientales se someten al régimen establecido para cada una de ellas respectivamente en la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística (normativa vigente en el momento de suscitarse la cuestión objeto de este proceso), y en la Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental, ambas de la Comunidad Autónoma de Aragón, salvo las especialidades establecidas específicamente en el artículo 16 de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. A su vez, la licencia de funcionamiento se somete al régimen establecido expresamente en la Ley 11/2005, de 28 de diciembre (arts. 17 y siguientes).

Precisamente la entidad recurrente solicitó en su día la “licencia de funcionamiento para bar con equipo musical del Grupo I de la OMDM” “licencia de funcionamiento (X446)”, tal y como se indica en el formulario de solicitud (obrante en el expediente administrativo al folio 1).

Efectivamente, el apartado 1 del art. 17 de la Ley de 2005 señala lo siguiente:

*“1. Cuando el titular de las licencias mencionadas en el artículo anterior considere que ha cumplido con todos los **requisitos establecidos en las mismas**, solicitará la correspondiente licencia de funcionamiento, adjuntando a su solicitud una certificación del técnico director de las instalaciones u obras en la que **se especifique la conformidad de las mismas a las licencias que las amparen, así como la eficacia de las medidas correctoras que se hubieran establecido.**”*

De esta forma, se aprecia que el papel de esta actuación administrativa no es fijar “ex novo” los requisitos o las condiciones para el ejercicio de la actividad, si no que se trata en esta segunda fase de verificar el cumplimiento de los requisitos y de las condiciones ya fijadas con anterioridad. Por ello, dado que la licencia de funcionamiento otorgada (y objeto del presente proceso) se limita a recoger las condiciones que ya se incluyeron en la licencia urbanística y ambiental otorgada con carácter previo (expediente administrativo n° 0806687/06), no se puede considerar que exista vulneración del ordenamiento jurídico vigente.

Por ello, la extensa argumentación de la parte recurrente sobre la incorrecta actuación del Ayuntamiento al limitar el horario de funcionamiento del aparato de música, las consideraciones sobre la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas, sobre la Sentencia (no firme) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 20/1/2010, que declara la nulidad de dos artículos de la misma, y sobre la Ordenanza para la Protección contra Ruidos y Vibraciones en el Término Municipal de Zaragoza de 2001, no pueden servir para la estimación del recurso.

En caso de que la entidad recurrente discrepe de la licencia urbanística y de actividad o ambiental otorgada en su día, lo procedente no es intentar que la licencia de funcionamiento deje sin efecto requisitos o condiciones fijados en aquéllas sino que lo procedente será que solicite una modificación de aquélla. Y en este sentido son acertadas las consideraciones de la contestación a la demanda en la línea de indicar que en la vía administrativa únicamente solicitó la licencia de funcionamiento, no solicitó una modificación de las condiciones en que se otorgó la licencia urbanística y de actividad clasificada.

De esta forma, no se aprecia que la actuación de la Administración infrinja el ordenamiento jurídico y por ello, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 62 y 63 Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [*“1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”*], no debe ser declarada nula, ni tampoco anulada.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Costas y recurso.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas procesales (art. 139.1 LJCA). Ello debe ser así a diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación, en el que la regla general es que las costas corren a cargo del apelante en caso de desestimación del recurso.

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA (art. 81.1) cabe recurso de apelación ante Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

FALLO

PRIMERO.- DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por V.,S.L., objeto del presente proceso (frente a la actuación administrativa indicada en el Antecedente de Hecho Primero de la presente Sentencia).

SEGUNDO.- No procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

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