

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE PUESTA EN FUNCIONAMIENTO. BAR. GRUPO I.

Solicitud inclusión establecimiento Grupo II. Anulación Ordenanza municipal.

Consecuencia anulación categorización Grupo II.

Obligación cumplimiento y adaptación del establecimiento a la normativa futura municipal.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a uno de Diciembre de 2011

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso/Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Ordinario nº 263/2009/AM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D. O.P., representada por la Procuradora Sra. N.J. y asistido por el Letrado Sr. C.H., y de otra el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Sra. S.S., que sustituyó a su compañera Sra. C.A., y asistido por el Letrado Sr. M.M. sobre Licencia de Funcionamiento para el establecimiento "C" sito en calle Lastanosa, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito presentado en fecha 12.06.09, se interpuso por D.O.P. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

"Resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, adoptada en sesión de 31.03.09, por la que se acordó otorgar Licencia de Funcionamiento a D. O.P., para actividad de bar, Grupo 1, con música, denominado C., sito en C/ Lastanosa nº 12 de esta ciudad (Expte. 211.151/07)."

Tras subsanar determinados defectos, en fecha 30.06.09 se admitió el recurso, 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. Asimismo, por medio de otro sí, solicitó la suspensión de las actuaciones por cuestión prejudicial.

En fecha 21.09.09 se confirió traslado al Ayuntamiento de Zaragoza, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días y para que alegara respecto de la suspensión interesada, habiéndolo hecho conforme consta en Autos.

Por Auto de 01.10.09 se acordó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad, en relación con el PO 23/2007 seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón.

TERCERO.- En fecha 14.04.10 se dio traslado a las partes de testimonio de la sentencia recaída ante el TSJA, la cual había sido objeto de recurso de casación. Tras las oportunas alegaciones, por resolución de 28.04.11 se acordó el mantenimiento de la suspensión acordada con anterioridad.

CUARTO.- En fecha 05/07/11 se dicta Auto poniendo de manifiesto a las partes la terminación del PO 23/2007 seguido ante el TSJA, alzándose la suspensión de las actuaciones fijando la cuantía del recurso en indeterminada y recibiendo el

procedimiento a prueba.

En fecha 09/09/11 se abre el periodo de práctica de pruebas, practicándose las declaradas pertinentes, tal como puede verse en Autos.

Finalizado el periodo probatorio y, tras solicitarlo las partes, se acuerda el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados y quedando las actuaciones para dictar sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 31-3-2009 que acordó otorgar licencia de funcionamiento al recurrente para la actividad de Bar del grupo I, con música, al establecimiento C. de la calle Lastanosa, 12.

Se alega que la OMDM con base en la cual se ha hecho la clasificación es nula de pleno derecho y que por ello debe anularse la catalogación del Grupo I, debe ser anulada la limitación horaria “de 6 a 1,30, viernes y vísperas de festivo a las 2,30”; debe ser anulada la condición segunda de la licencia y debe ser reconocido el derecho a ser catalogado como “Bar con música o pub” y con el horario correspondiente a tal categoría según la Ley 11/2005 y D. 220/2006.

SEGUNDO.- Esta cuestión ya fue examinada en la sentencia del PO 80/2008, sentencia de 17-10-2008. En la misma se planteaban dos problemas, el mismo que ahora se suscita y otro, relativo en ese caso a la prueba de si cumplía los requisitos de aislamiento: *"TERCERO.- El recurrente entiende que le corresponde la clasificación que fija el D. 220/2006 de desarrollo de la Ley autonómica 11/2005 de Espectáculos Públicos, lo cual no se discute por el Ayuntamiento. En concreto, este Decreto fija: "III. ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Son establecimientos públicos aquellos locales, cerrados o abiertos, de pública concurrencia, en los que se consumen productos o se reciben servicios por los clientes con fines de ocio, entretenimiento y diversión, se realicen o no en ellos espectáculos públicos o actividades recreativas, que estén debidamente autorizados por los municipios, encontrándose entre otros los siguientes:*

III.2. BARES CON MÚSICA Y PUBS. Establecimientos que, sin disponer de escenario ni pista de baile, combinen en su interior la actividad de bar con un ambiente musical, a través de amenización o ambientación musical, pudiendo superar el límite, acústico de 75 decibelios y sin rebasar el que se establezca en las pertinentes licencias de funcionamiento o determine la legislación sobre el ruido".

Según el recurrente, se le aplicarían los horarios previstos para los pubs y bares con música en la Ley 11/2005, en concreto en el art. 34, que dice: *"I. Los límites horarios de apertura y cierre de establecimientos públicos serán los siguientes:*

a) El límite horario general de apertura será el de las seis horas de la mañana, y el del cierre, el de la una hora y treinta minutos de la madrugada.

b) El límite horario de apertura de los cafés-teatro, cafés-cantante, tablaos flamencos, bares con música, guisquerías, clubes, pubs, salas de fiestas y discotecas no podrá ser en ningún caso anterior a las doce horas del mediodía.

c) El límite horario de cierre de los establecimientos señalados en el apartado anterior, a excepción de las salas de fiestas, discotecas, cafés-teatro y cafés-cantante, será el de las tres horas y treinta minutos de la madrugada. El de las salas de fiestas, discotecas, cafés-teatro y cafés-cantante será el de las cinco horas y treinta minutos de la madrugada.

d) Cumplido el horario máximo de cierre, los establecimientos dispondrán de un máximo de media hora más para el desalojo de la clientela. En ese tiempo no podrá emitirse música ni servirse nuevas consumiciones.

e) Con carácter general, los viernes, sábados y vísperas de festivo, el límite horario de cierre se amplía en una hora.

f) Los horarios de apertura y cierre establecidos en las correspondientes

autorizaciones administrativas de los establecimientos públicos se aplicarán dentro de los límites horarios generales fijados en el presente artículo. En cualquier caso, todos los establecimientos a los que se refiere a presente Ley deberán permanecer cerrados al menos dos horas ininterrumpidas desde el cierre hasta la subsiguiente apertura.”

Ante todo ello, considera que la limitación horaria fijada por la Ordenanza de Distancias Mínimas, publicada en BOP el 17-11-2006, destinada a fijar distancias mínimas, regular zonas saturadas y fijar restricciones horarias, no se ajusta a la Ley.

TERCERO.- Frente a ello, el Ayuntamiento considera que es posible la restricción horaria, según lo dicho por el art. 10.d, que dice: *“Corresponde a los Municipios, de conformidad con lo establecido en esta Ley: (...) d) El establecimiento de prohibiciones, limitaciones o restricciones en zonas urbanas mediante el planeamiento urbanístico o las ordenanzas y reglamentos municipales respecto de la instalación, apertura y ampliación de licencia de los establecimientos públicos sometidos al ámbito de la presente Ley, de acuerdo con lo establecido en la misma y en el resto del ordenamiento jurídico aplicable”*. No niega tal posibilidad la recurrente, pero sí niega que pueda ser en sentido restrictivo.

Al contrario de lo defendido por el recurrente, resulta evidente que los horarios establecidos en el art. 34 son máximos, y ello por un lado porque en el art. 10.d se dice que se pueden establecer restricciones y por otro porque el 35.1 dice que: *“En cada Municipio, dentro de los límites horarios generales establecidos en esta Ley, el horario de apertura y cierre de los establecimientos públicos se establecerá por el Ayuntamiento, previo trámite de información pública”*, por lo que es evidente que cuando se dice “dentro” es sin exceder los límites, máximos, es decir, la regulación siempre será “por debajo” de tal límite.

Por tanto, los municipios pueden fijar límites inferiores, y pueden hacerlo bien con carácter general, bien atendiendo a determinadas zonas o a determinadas épocas o a determinados tipos de locales.

CUARTO.- En aplicación de tal facultad de restricción, la Ordenanza dice: *“1. Estarán sujetos a esta Ordenanza los lugares, recintos, instalaciones o establecimientos destinados a espectáculos y actividades, recreativas, regulados en la Ley 11/2005, que se especifican en el apartado siguiente.*

2. Los establecimientos y las actividades contemplados por esta Ordenanza se delimitan clasificándose en los siguientes grupos, al objeto de aglutinar aquellas actividades y establecimientos a las que se les atribuye un régimen jurídico semejante, atendiendo a su inclusión en el catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la comunidad autónoma:

Grupo I:

a) Establecimientos sin equipo musical o con una ambientación musical cuyo nivel de emisión sea inferior a 75 dB (A), y estén dedicados a la actividad de restauración en cualquiera de sus variantes.

b) Establecimientos con equipo musical cuyo nivel de emisión sea inferior a 85 dB (A) de acuerdo con lo establecido en la resolución de Alcaldía de fecha 26 de mayo de 2006.

Su horario de apertura será a las 6.00 horas y el de cierre a la 1.30 horas de la madrugada, con la ampliación en una hora en el horario de cierre los viernes, sábados y vísperas de festivo. Cumplido el horario de cierre, los establecimientos dispondrán de un máximo de media hora para el desalojo de la clientela, tiempo durante el cual no podrá emitirse música ni servir consumiciones.

Si el establecimiento cuenta con equipo musical autorizado su funcionamiento comenzará a partir de las 12. 00 horas del mediodía.

Ambos horarios, de actividad y de emisión del equipo musical, rigen para todas las actividades y establecimientos a los que no se les hayan establecido otras limitaciones adicionales, atendiendo al aislamiento acústico acreditado, de conformidad con la Ordenanza Municipal de Protección Contra Ruidos y Vibraciones de 2001 (art. 32.1.a y 32.1º.b)

Grupo II:

Establecimientos con equipo de música y nivel de emisión superior a 85 dB

(A) que no ejercen la actividad de restauración en cualquiera de sus variantes.

Su horario de apertura será a las 12.00 horas del mediodía y el de cierre a la 3.30 horas de la madrugada, con la ampliación en una hora en el horario de cierre los viernes, sábados y vísperas de festivo. Cumplido el horario de cierre, los establecimientos dispondrán de un máximo de media hora para el desalojo de la clientela, tiempo durante el cual no podrá emitirse música ni servir consumiciones.

En relación con su aislamiento acústico deberán garantizar el contemplado en el apartado c) del artículo 32.1 de la Ordenanza Municipal de Protección Contra Ruidos y Vibraciones de 2001.”

El Ayuntamiento considera que debe de incluirse en el grupo I.b, considerando por el contrario el recurrente que debe de incluirse en el grupo II, ya que su aislamiento permite una emisión de ruidos de hasta 90 decibelios.

Pues bien, en relación con lo anterior, hay que decir que el hecho de tener condiciones para pertenecer a una u otra categoría, en este caso la hipotética capacidad de ser incluido en el grupo II, no implica tener derecho al horario del mismo, ya que la OMDM regula no sólo las categorías en función de unos requisitos objetivos, sino también unos límites de distancias así como en el número de cada tipo de bares, de modo tal que puede tener condiciones para obtener una licencia del grupo II, por ejemplo, pero no concederse la licencia si no cumple las distancias del artículo 5 o excede del máximo permitido en zonas saturadas, conforme al art. 15. Por ello, no puede pretenderse, con base en un ajuste normativo con cambio de denominaciones, obtenerse un derecho, en este caso el reconocimiento de pertenencia al grupo I, sin pasar por la ampliación o cambio del tipo de licencia que se regula en el art. 12.

Por otro lado, tampoco ha demostrado que cumpla los requisitos del art.2 de la Ordenanza en relación al grupo II, el cual exige que cuente con un aislamiento acústico concreto, el del art. 32.1.c de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones, el cual debe de ser de 63 dB (con D125 mínimo de 57 dB) , para las actividades con equipo de música o que desarrollen actividades musicales y de 36 dB con D125 mínimo de 30 dB). La prueba practicada se ha centrado única y exclusivamente en la inmisión, que es una exigencia de resultado impuesta en el art. 41 de dicha Ordenanza, mientras que la del art. 32 es una exigencia constructiva, debiendo de cumplirse ambas. Ciertamente es que el perito afirmó que se hicieron las pruebas y reúne los requisitos para funcionar como pub, pero ni lo hizo con apoyo documental ni del informe ni se dijo expresamente que eso implicaba que cumplía con el aislamiento exigido. De hecho, lo que hizo fue inducir, a partir del cumplimiento de los límites de inmisión, que el aislamiento objetivo era correcto, pero resulta que los límites de inmisión pueden cumplirse gracias al aislamiento propio del piso en el que se toma la muestra del ruido, o por circunstancias específicas concretas que limiten tal inmisión, pero ello no significa necesariamente, aunque sea probable, que se cumple con el aislamiento constructivo objetivo exigido.

Carece de fundamento, por otro lado, la invocación de las sentencias de 11-2-2008 del Juzgado 3 y 25-1-2007, del Juzgado 1, ambas relativas a la anulación de un acuerdo de la Alcaldía que limitó los horarios, y que se anuló por razones de forma. Del mismo modo, la invocación de la sentencia dictada por este Juzgado en el P 203/2005, de 14-3-2006, ya que en aquél caso no había fijación de horarios en la OMDM entonces vigente, sino fijación de grupos cuyos horarios quedaban delimitados por el juego de la OM de 3-11-1977 que regulaba los horarios en función de diversas categorías, con lo cual, al cambiar los horarios y fijarse nuevas categorías por la Ley 11/2005.” La sentencia se confirmó por la de 1-10-2010, posterior a la que anuló la Ordenanza de 20-1-2010, si bien ni en la misma se suscitó la cuestión de la anulación, ya producida, de la Ordenanza, que además estaba pendiente de un recurso de casación del que luego se desistió ni se salvó el escollo de la falta de prueba relativo al aislamiento.

Pues bien, todas las conclusiones de dicha sentencia deben ser modificadas, puesto que la desestimación de tal sentencia se debió a la aplicación de la Ordenanza, con lo cual la anulación de la Ordenanza hace que pierda su sustento normativo de la resolución impugnada, tanto en lo relativo a la fijación de una categoría que actualmente, normativamente, no existe, como en cuanto a los horarios, que pasan a ser los generales de la Ley 11/2005. Por tanto, debe estimarse el recurso en lo

relativo a la clasificación y a la eliminación de los horarios establecidos.

En lo que no cabe admitir la pretensión de la parte es en la anulación de la condición 2ª, que dice: *“El titular de la actividad vendrá obligado a la adopción de todas aquellas medidas que vinieran impuestas por disposiciones de carácter general o por Ordenanzas Municipales”*, ya que tal cláusula en sí es inane, pues hay un deber de cumplir cada nueva normativa, sin perjuicio de los derechos adquiridos y de los periodos de transición y adaptación que se fijen, no siendo preciso que se incluya en la licencia; pero no siendo tampoco contraria a la legalidad tal inclusión.

Todo lo anterior es sin perjuicio de la normativa que pudiera promulgar en el futuro el Ayuntamiento y el consiguiente deber de cumplimiento o adaptación a la misma.

QUINTO.- 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 parcialmente el recurso interpuesto por D. O.P. contra la resolución del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 31-3 2009 que acordó otorgar licencia de funcionamiento al recurrente para la actividad de bar del grupo I, con música, al establecimiento C. de la calle Lastanosa, debo anular y anulo:1) la clasificación como “Bar, grupo I” de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas de Zaragoza publicada en BOP el 16-11-2006, que fue anulada, al corresponderle la clasificación como *“III. 2. BARES CON MUSICA Y PUBS. Establecimientos que, sin disponer de escenario ni pista de baile, combinen en su interior la actividad de bar con un ambiente musical, a través de amenización o ambientación musical, pudiendo superar el límite acústico de 75 decibelios y sin rebasar el que se establezca en las pertinentes licencias de funcionamiento o determine la legislación sobre el ruido”* del D. 220/2006 de la Diputación General de Aragón; 2) La limitación horaria *“de 6 a 1,30; viernes y vísperas de festivo a las 2,30”*, al serle aplicable la general de la Ley 11/2005; no habiendo lugar a anular la condición segunda de la licencia de funcionamiento. No procede hacer expresa condena de las costas del recurso.

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