
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 180/2005-BI
Sentencia nº 423 (6-11-2006)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA
LICENCIA DE APERTURA. DISCOTECA GRUPO III.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza, a seis de noviembre de dos mil seis.

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 180/2005 -sección B/I seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente COMUNIDADES PROPIETARIOS C/ Breton, de Zaragoza, representada por la Procuradora D^a M.N.J. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora D^a N.C.A., obrando personado en calidad de codemandado D. J.M.H. representado por el Procurador D. D.S.V., sobre: Acuerdo del Consejo de Gerencia del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza celebrado en sesión de 1 de febrero de 2005 por el que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por A.U.C. en nombre de la comunidad de Propietarios de la finca de C/Bretón, contra el acuerdo con Consejo de Gerencia de fecha 23 de noviembre de 2004 por el cual concedió a J.M.H. licencia de apertura para la Actividad de Discoteca (Grupo III) sito en la calle Tomás Bretón, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 21 de abril de 2005 se interpuso por COMUNIDADES PROPIETARIOS C/ Bretón, de Zaragoza recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

“Acuerdo del Consejo de Gerencia del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza celebrado en sesión de 1 de febrero de 2.005 por el que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por A.U.C. en nombre de la comunidad de Propietarios de la finca de C/ Bretón, contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de fecha 23 de noviembre de 2004 por el cual concedió a J.M.H. licencia de apertura para la Actividad de Discoteca (Grupo III) sito en la calle Tomás Bretón”.

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.

Confiriéndose traslado al codemandado personado en autos contestando conforme obra en autos.

TERCERO.- Que mediante auto de fecha 24 de mayo de 2006 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada pero superior a 18.030,36 euros, acordándose el recibimiento del procedimiento a prueba, practicándose las pruebas admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos, acordándose igualmente el trámite de conclusiones, quedando seguidamente los autos conclusos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 1-2-2005 que desestimó el recurso interpuesto por las recurrentes contra el Acuerdo de dicho Consejo de Gerencia de 23-11-2005 que concedió a J.M. licencia de apertura para la actividad de Discoteca Grupo III, sito en la calle Tomás Bretón.

Se alega nulidad por no haberse pedido la licencia de apertura; incumplimiento de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas, BOP 30-7-1990; caducidad de las licencias; incumplimiento sobre la Normativa de Ruidos y Vibraciones.

SEGUNDO.- Sobre parte de estas cuestiones ya se ha pronunciado este mismo Juzgado en su sentencia de 25-9-2003, PO 267/2002, confirmada por la de 16-1-2006 del TSJA, Sección 1ª, y que por ser conocida de todas las partes, partícipes en dicho procedimiento, y obrando en el presente pleito, hacen innecesario mayor detalle.

Lo relevante de dichas resoluciones es, en primer lugar, que se consideró que se había pedido la licencia de apertura el 23-3-1993, folio 1 del expediente 304.365/93, tomo III de nuestro expediente, la cual si bien incorrecta formalmente, por su contenido y por el trámite que se le dio se entendió, según se razonaba, que era una auténtica solicitud de licencia de apertura. Por tanto, la primera argumentación, la de que no se pidió la licencia de apertura debe de rechazarse, al recaer sobre la misma los efectos de cosa juzgada.

TERCERO.- Siguiendo con el anterior hilo argumental, el otro aspecto relevante, a los efectos del presente procedimiento, de dichas sentencias es lo que se declaró en el fundamento jurídico sexto, en el cual se decía: “En consecuencia, se pidió en 1993 la mencionada

licencia, y de hecho, aunque es claro que ha habido una importante confusión sobre la naturaleza de la solicitud en el Ayuntamiento, lo cierto es que hay actos del mismo que indican de forma clara que entendió que se había pedido una licencia de apertura, en concreto el folio 31 del exp. 3.043.365/93, en el que hay un informe de 4-4-1994 del técnico inspector en el que se hace referencia a que se trata de una licencia de apertura. Por todo ello, tenemos un expediente en el cual, sin que conste que se notificase el requerimiento de 14-5-1996, folio 43, lo que en última instancia, y una vez determinado que se había efectivamente solicitado licencia, daría la razón al letrado municipal cuando dice que hay un expediente sin concluir.

La consecuencia de las anteriores conclusiones es que no le es aplicable la declaración de zona saturada, aunque si la OMDM, al ser la solicitud de licencia de 1993 y la ordenanza de 1990, con lo cual en el expediente, y no en este procedimiento, de solicitud de licencia es en el que se debe de examinar si dicha Ordenanza impediría la licencia o no, pero no pudiendo hacerse un pronunciamiento apriorístico como el que cabría en el caso de que la solicitud de licencia fuese posterior a la declaración de zona saturada”.

Por tanto, a efectos de la licencia de apertura se debe de examinar si se ajusta a la OMDM, sin que el Ayuntamiento, pese al tenor de la sentencia, anterior al otorgamiento de licencia, hiciese tal verificación.

CUARTO.- Pide la parte que se anule por ser contraria a dicha Ordenanza, en cuanto junto a ella hay un establecimiento, E.E., en Tomás Bretón, que también pertenece al Grupo III, cuando debería de haber una distancia de 250 m. Sin embargo, no se ha articulado prueba al respecto, ni los expedientes permiten determinar tal cuestión, ya que aun cuando en el folio 34 del 304.365/93 se hace referencia a los locales que existen en las inmediaciones, entre ellos el del recurrente, que en ese momento se llamaba “L.G.”, no se determina si los mismos tienen licencia en regla o no, o si la misma ha subsistido, o ha sufrido alguna alteración, lo cual es relevante a efectos de preferencia de una o de otra.

En consecuencia, procede anular la resolución recurrida y retrotraer el expediente para que el Ayuntamiento verifique el cumplimiento de la OMDM, si bien, respecto de la cuestión del cumplimiento de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones no podrá modificarse, en caso de no existir obstáculo en la OMDM, la verificación positiva que de su cumplimiento se hace.

QUINTO.- Aun cuando lo anterior relevaría del examen del resto de las cuestiones, procede hacer un pronunciamiento sobre la cuestión de la caducidad, ya que de haber caducado la licencia de actividad, la fiscal o la de apertura, sería innecesario el examen de la licencia de apertura.

Presenta una batería de alegaciones sobre la caducidad de la licencia de obras, de acondicionamiento, de apertura e incluso la fiscal.

Respecto de la de obras, carece de sentido invocarla retroactivamente una vez concluidas las obras y tras venir funcionando la actividad, aunque fuese sin licencia de apertura.

Respecto de la licencia de apertura, mal puede caducar la licencia que no se ha obtenido, y precisamente el problema que se suscitó con ocasión del anterior pleito fue si se había obtenido o siquiera pedido la licencia de apertura. Se dijo que se había pedido, pero que no se había obtenido. En cuanto a la licencia fiscal, es irrelevante para nuestro caso, y sus efectos serían en su caso de carácter fiscal.

Finalmente, y en cuanto a la licencia de acondicionamiento, hay que partir de que es preciso que se tramite un expediente de caducidad, la cual no se produce de forma automática, habiendo múltiple jurisprudencia al respecto, STS 24-7-1995, 24-3-1998. En el mismo sentido se pronuncia el art. 47 RGPEAR, en el cual se prevé dicha caducidad, pero se prevé a efectos de la posible alteración de las medidas de seguridad e higiene, es decir que tiene un propósito de nueva comprobación de la situación, no habiendo un fundamento propio para la pérdida de vigencia de la licencia. En cuanto a la OMDM, art. 15, la misma se refiere a la licencia de apertura, que ya se ha dicho que mal puede caducar si no se ha obtenido.

Por otro lado, y aun desistiendo de lo dicho por el Ayuntamiento en el informe de 25-7-2006 sobre que no se incoó la caducidad porque no se pidió, ya que en el escrito de 29-7-2003 sí que se pidió expresamente, la realidad es que si entonces estaba cerrado el local, es decir en el momento de pedirse la caducidad, se debía a que se había cerrado el mismo por falta de apertura, no por desidia o abandono del titular, y precisamente debido a la actividad de las recurrentes, por lo que no habría sido de recibo incoar una caducidad cuando se estaba intentado hacer efectiva la licencia de acondicionamiento por medio de la petición de la licencia de apertura hecha en 1993. Por otro lado, las recurrentes lo que debieron de haber hecho, en su caso, era recurrir el silencio, por lo que, pedida la caducidad el 29-7-2003, a los tres meses del art. 42.3 de la Ley 30/1992, se debió de recurrir judicialmente en los seis meses siguientes, cosa que no hizo, por lo que no puede ahora pretender la caducidad cuando ya se han obtenido todas las licencias por medio de un recurso contra una resolución desestimatoria que devino firme, y que habría exigido, alternativamente, una nueva solicitud posterior a dicha firmeza.

SEXTO.- En cuanto a la cuestión del cumplimiento de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones, extremo en el que se entra para evitar nuevo pleito sobre la misma cuestión, tal y como se indica en el fundamento cuarto "in fine", debe de rechazarse la alegación de la parte. Consta el certificado del Ingeniero Técnico Industrial señor B.R., folios 323 y siguientes, que acredita el cumplimiento, así como el informe favorable del ITI del Ayuntamiento, folio 346, sin que sea relevante la falta de medición en la vivienda del 1º B, ya que se midió en el 1º A, y ello porque, de un lado, como afirmó el perito de la codemandada, única prueba habida al respecto, ambos pisos eran similares en posicionamiento y por otro porque, como se ha dicho en otras ocasiones, la obligación de hacer las mediciones y emitirlos certificados no puede depender de la voluntad de los colindantes al local, a cuyo titular no se le puede negar la posibilidad de obtener la licencia por el obstruccionismo de aquellos a quienes eventualmente puede molestar, que están obligados a facilitar las mediciones, y cuya falta no pueden luego invocar como motivo de anulación de la licencia.

No puede oponerse a la conclusión anterior la medición que se hizo el 31-7-2003, la cual se llevó a cabo con una potencia de emisión de 94-98 dbA, cuando no se permite en el funcionamiento ordinario más de 90 dbA, por lo que, a efectos del aislamiento, lo relevante es que, con la emisión dentro de dicha medición, se cumpla la exigencia. Si se excede la emisión, es una cuestión de infracción, que tiene sus propias consecuencias.

En consecuencia, procede estimar el recurso, anulando las resoluciones recurridas y retrotrayendo el expediente para que se tramite comprobando el cumplimiento de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas, pero confirmando, en su caso, lo resuelto sobre el cumplimiento de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones.

SÉPTIMO.- 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 Comunidades de Propietarios de la calle Tomás Bretón contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 1-2-2005 que desestimó el recurso interpuesto por las recurrentes contra el Acuerdo de dicho Consejo de Gerencia de 23-11-2005 que concedió a J.M. licencia de apertura para la actividad de Discoteca Grupo III, sito en la calle Tomás Bretón, debo anular y anulo ambas, retrotrayendo el expediente únicamente para que se compruebe el cumplimiento de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y, con su resultado, se dicte nueva resolución, que sólo podrá variar respecto de la anulada en lo relativo a la OMDM, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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