
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 329/2004-BM
Sentencia nº 48 (9-02-2005)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. CAFETERÍA.

Horario limitado por protección medioambiental.

Solicitud de rectificación en la concesión de licencia en lo que afecta al horario autorizado.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza, a nueve de febrero de dos mil cinco.

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 329/2004-BM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente B, S.A., representada por el Procurador D.E.P.B. con la asistencia letrada de D. P. J.C.H. y de otra el Ayuntamiento de Zaragoza, representada por la Procuradora Dª N.C.A. con la asistencia letrada de Dª M.J.P.S. sobre, "Denegación recurso de reposición interpuesto por el recurrente contra Resolución de fecha 12/09/03 recaída en Exp. 178.845/03 solicitando la rectificación del error apreciado en la concesión de licencia urbanística y de actividad clasificada por el RGPEAR, para la actividad de cafetería en calle Estébanes, en horario medioambiental autorizado", y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 23 de junio de 2004 se interpuso por B., S.A. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

"Denegación recurso de reposición interpuesto por el recurrente contra Resolución de fecha 12/09/03 recaída en Exp. 178.845/03 solicitando la rectificación del error apreciado en la concesión de licencia urbanística y de actividad clasificada por el RGPEAR, para la actividad de cafetería en calle Estébanes, en lo que a horario medioambiental autorizado."

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 16 de noviembre de 2004, se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada pero superior a 18.030 , acordándose el recibimiento del procedimiento a prueba, no proponiéndose prueba por ninguna de las partes litigantes, acordándose seguidamente 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 la resolución de 20-4-2004 del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza que confirmó la de 12-9-2003 que había concedido licencia de acondicionamiento para una cafetería en la calle Estébanes, en lo relativo a la cláusula 9ª, en la que se fijaba el horario medioambiental, limitando el funcionamiento de equipos de música, TV, hilo musical hasta las 23 horas de domingo a jueves y hasta las 0:00 horas de viernes a domingo.

Se alega que tal limitación debía de haberse fijado en su caso en la licencia de apertura, que todavía no se ha concedido y que en la misma se produce una invasión de competencias de la DGA al inmiscuirse en la limitación de horarios, al ser de aplicación la OM de 23-11-1977, dado que la DGA, que asumió las competencias en virtud del art. 35.2 del Estatuto de Aragón, DRD 1053/1994 de 20 de mayo y 141/1994 no atribuyó al respecto competencia alguna a los Ayuntamientos.

Por el Ayuntamiento se opone inadmisibilidad por extemporáneo y por desviación procesal, así como se opone al fondo.

SEGUNDO.- En relación con lo primero, la resolución de 12-9-2003 se notificó el 10-10-2003, sin que se recurriese, habiéndose presentado escrito el 23-1-2004 por el que se pedía autorización para adecuar el horario a lo establecido por la DGA. Se pidió aclaración al respecto, lo que se contestó por la recurrente pidiendo rectificación de error el 23-3-2004, que fue considerado recurso de reposición por el Ayuntamiento, lo que se rechazó el 20 de abril de 2004.

Se alega por el Ayuntamiento que el haber admitido el recurso no implica que ahora no se pueda declarar la extemporaneidad del mismo, dado que se admitió sobre una resolución que ya era firme y consentida. Sin embargo, frente a ello se debe de oponer la STC 43/1992 de 30 de marzo, en la que, APRA caso similar, en el cual se había considerado presentado el recurso en tiempo y forma, se decía: "Así la cosas, habiendo resuelto de manera expresa la Administración el recurso de alzada, no sólo sin advertir incumplimiento alguno de los re-

quisitos formales exigibles para entrar en la resolución del fondo de la cuestión, sino señalando expresamente que su interposición lo fue en tiempo y forma resulta manifiesto que la decisión judicial de declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo, por haber adquirido firmeza el acto administrativo al apreciar que la alzada interpuesta contra el mismo fue extemporánea, entraña una aplicación formalista y excesivamente rigurosa que conduce a una sanción tan grave y desproporcionada como es cerrar el paso a la obtención por el recurrente de un pronunciamiento sobre el fondo, sin advertir que la propia Administración no encontró razón formal alguna para rechazar la admisibilidad del recurso de alzada”, admitiendo implícitamente tal doctrina el TS en la sentencia de 4-5-2004.

En consecuencia, admitido el recurso por el Ayuntamiento, quien incluso lo calificó de oficio, pues el escrito era de petición de rectificación de lo que se consideraba un error, debe rechazarse esta causa de inadmisión.

TERCERO.- En cuanto a la desviación procesal, debe de rechazarse, pues aun cuando se haga referencia a que se ha obtenido la licencia de apertura por silencio positivo, realmente no se pide que se declare eso, sino simplemente que se anule la cláusula novena y se acuerde que el local pueda tener las fuentes sonoras encendidas de conformidad con lo establecido en la Orden de 23-11-1977.

CUARTO.- En relación con que se ha plasmado en la licencia de acondicionamiento lo que se debería de haber establecido en la licencia de apertura, en la que se deben de establecer los límites concretos a la misma, realmente no hay norma que impida que se fije en la licencia de acondicionamiento, e incluso es más ventajoso para el interesado, que puede recurrir ya desde el principio tal horario o incluso renunciar a la instalación si el mismo no le interesa. Con más razón en un caso como el presente en el que se aplica el art. 32 de la Ordenanza, en el que se establecen unas limitaciones horarias en relación con el aislamiento acústico del local, por lo que es lógico que en la licencia de acondicionamiento, en la que se determina que el proyecto, en el que se incluye la insonorización, es correcto, se haga constar el horario que va ligado a la misma.

QUINTO.- En relación con el fondo del asunto, debe de examinarse si el Ayuntamiento tiene competencia para regular horarios de locales o de uso de los aparatos de sonido. La Orden de 23-11-1977 dice: “Los espectáculos y fiestas terminarán y los establecimientos públicos cerrarán, como máximo, a las horas señaladas en el siguiente cuadro, que coincide sustancialmente con el de la Orden Ministerial de 11 de junio de 1975”, lo que indica que se trata de un horario máximo, sobre el cual pueden incidir los horarios de apertura según se utilicen o no fuentes sonoras o las limitaciones al uso de las mismas u otro tipo de consideraciones como pueda serlo la protección de la zona histórica, etc.

En cuanto a la limitación no en el horario de cierre sino en el de utilización de las fuentes de reproducción de sonido, la competencia del Ayuntamiento viene dada por las competencias en la protección medioambiental del art. 25.2.f) de la Ley de Bases de Régimen Local, e incluso en las de salubridad pública, letra h) de tal precepto, en cuanto es clara la incidencia en la salud de las emisiones excesivas de ruidos. Precisamente por ello la Ordenanza citada regula los horarios de apertura o de uso de la fuente de sonido en relación con

el nivel de protección contra el ruido, siendo menos exigente en horas diurnas, en que el ruido ambiente es mayor y no son de ordinario horas de descanso.

A tal respecto, el art. 32 de la Ordenanza vigente de Ruidos y Vibraciones regula el nivel de aislamiento acústico y niveles de emisión, y en concreto fija, en relación con los horarios: a) un aislamiento de 50 dB para horario “diurno” de 8,00 a 22,00 horas, b) uno de 56 dB para las que funcionen de 22.00 a 8.00 horas (con D125 mínimo de 50dB), en las que se dice que los aparatos de televisión y equipos de música solo podrán con niveles sonoros máximos de 83 dB(A), medidos a tres metros de los altavoces y “hasta las 23.00 horas, de domingo a jueves , ambos inclusive , y hasta las 0.00 horas en viernes, sábado y vísperas de festivo”. Finalmente, en el punto c), exige un nivel de insonorización 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) en la fachada.

En el caso presente, el Ayuntamiento argumenta que al tratarse de una cafetería, ubicada en el grupo I de la ODM, viene interpretando que se le debe de aplicar el punto b), mientras que el punto c) se aplicará a las de los grupos II y III.

Debe rechazarse la interpretación del Ayuntamiento, en cuanto carece de fundamento legal alguno tal distinción. El grupo puede determinar el horario de apertura, según la O. 23-11-1977, así como la aplicación de la OMDM, pero lo que carece de apoyo normativo es que si está en tal o cual grupo, cualquiera que sea su insonorización se le deba de aplicar la limitación horaria del punto b) para los aparatos de música, destinada a proteger a los vecinos, a los que en última instancia lo que les interesa es que no les moleste el ruido, cualquiera que sea el tipo de establecimiento que lo produzca. Por ello, la Ordenanza de Ruidos no dice tal cosa, sino que esa limitación se aplicará, siempre en relación con los edificios del párrafo 1 es decir, los edificios habitados, para cuya protección se prevé una garantía de un determinado tipo de aislamiento. Si el mismo se cumple, cualquiera que sea el grupo y el horario de apertura al que tenga derecho, se debe de permitir el horario del párrafo 2. Lo contrario supondría invadir la competencia de la DGA, ya que por vía interpretativa se estaría usurpando la que aquella tiene en regulación de horarios, mezclaría cuestiones que atañen al orden público de un lado y al medio ambiente y la salud de otro y pervertiría la finalidad del precepto, que es evitar a determinadas horas la inmisión de ruido en las viviendas, cosa que se hace bien limitando el horario de apertura, bien el de uso de aparatos, bien ampliando la insonorización. Por tanto, la motivación dada es incorrecta.

Dicho lo anterior, en el caso presente se debe de mantener la resolución, ya que en el proyecto, en el Anexo Acústico se prevé una insonorización general de 60,08 dB y 54,3 dB a 125Hz, con lo cual no podría quedar incluida en el punto c) del art. 32.2, viéndose constreñida al punto b), con lo cual, si bien por motivo diferente al dado, la decisión de fondo es ajustada a derecho

Por todo lo anterior, procede desestimar en su totalidad el recurso interpuesto, a despecho de lo que se valoró en el Auto de medidas cautelares, en el que se tuvo en cuenta la falta de ligazón, en la Ordenanza, entre el horario de uso de los aparatos de música y la categoría del establecimiento, pero no se pudo valorar, evidentemente, el aislamiento proyectado.

SIXTO.- 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 debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por B., S.A. contra la resolución de 20-4-2004 del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza que confirmó la de 12-9-2003 que había concedido licencia de acondicionamiento para una cafetería en la calle Estébanes, en lo relativo a la cláusula 9ª, en la que se fijaba el horario medioambiental, limitando el funcionamiento de equipos de música, TV, hilo musical hasta las 23 horas de domingo a jueves y hasta las 0:00 horas de viernes a domingo, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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