

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO. RECTIFICACIÓN ERROR.BAR.

Bar sin equipo de música. Procedencia de corregir el error informe señala que se trata de bar con equipo de música, solicitud de licencia, silencio positivo. Improcedencia cuando es contra norma existente. Informe no es acto administrativo.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a diecisiete de Marzo de dos mil once.

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 179/10-A/P seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente P.,S.C., representada por el Letrado D. P. y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Sra. S. y defendido por la Letrada Sra. S. Y.,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 22 de Abril de 2010 se interpuso por P.,S.C., recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución del Consejo de Gerencia de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 9 de Febrero de 2010, adoptada en expediente 91820/2010, por la que se acuerda rectificar el error cometido en el informe de fecha 6 de Julio de 2007 y comunicar a la Entidad P.,S.C., que la licencia otorgada para ejercer la actividad sita en Plaza San Felipe nº 1 no permite ninguna fuente reproductora de sonidos y por ello se entiende incluida dentro del epígrafe III.1 “Bares y cafeterías” del catálogo de establecimientos públicos y del “Grupo I sin equipo de música” de la OM de distancias mínimas.

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 dió 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 14 de Octubre de 2010 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada, recibir el pleito a prueba y como trámite final de proceso el de conclusiones escritas.

CUARTO.- Que propuesta prueba por la parte recurrente, se procedió a su práctica, previa declaración de pertinencia, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Que de conformidad con lo previsto y acordado, por ambas partes han presentado sus escritos de conclusiones que constan unidos a las presentes actuaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Se recurre la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de 9-2-2010 que determinó que en el establecimiento L. de la Plaza San Felipe 1 no podía haber fuente reproductora de sonido de ningún tipo, habiendo rectificado el informe de 6-7-2010 que, en el seno de una solicitud de aplicación del D 220/2006 de la CA de Aragón había indicado que la licencia de la recurrente era de Bar (incluido en grupo II), y que por ello resultaba subsumible en el Epígrafe II.5, III.2, “bares con equipo de música y pubs”.

Se invoca nulidad por haberse rectificado de oficio una resolución que reconocía unos derechos, que no cabe rectificación de error, infracción de la doctrina de los actos propios y. desviación de poder.

SEGUNDO- Con relación a los hechos, la recurrente tiene una licencia de apertura, en el local de Plaza San Felipe, 1, de “bar sin equipo musical”, en Zona Saturada C, doc. 1 de la demanda, y que se incluía anteriormente en el grupo I del art. 3.2 de la OMDM de 1998, modificada en 2001.

Se promulgó, en concordancia con la ley 11/2005 de espectáculos públicos de Aragón, el D 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.

En cumplimiento de la DT Primera, la recurrente pidió el 20-5-2007, sin acompañar copia de la licencia, que se adecuase la licencia a la denominación “BARES CON MUSICA Y PUBS, apartado III.2 del Anexo del catálogo aprobado por D 220/2006 de 7 de noviembre”.

Por diligencia de 6-7-2007 del Jefe de la Sección jurídica se decía “Se extiende para hacer constar el archivo del presente expediente de solicitud de adaptación al Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón instado por la entidad mercantil P.S.C, ya que su pretensión está sobradamente satisfecha.

El interesado tiene otorgada una licencia de apertura/funcionamiento para la actividad de Bar incluido en el grupo II) perfectamente subsumible en el epígrafe II.5, III.2 “bares con música y pubs” del Catálogo antes citado”.

El 1-2-2010, advertido el error, se procedió a rectificarlo, manifestando la resolución de 9-2-2010 que le correspondía el Epígrafe III.I y no el III.2. El primero se refiere a *“III.I BARES Y CAFETERIAS. Establecimientos que, con o sin cocina propia, se dediquen a servir bebidas y alimentos en general, para su consumo inmediato en su interior y en las terrazas o veladores que tengan autorizados, pudiendo contar con una ambientación musical que no emane de un equipo de música de los definidos en este Anexo (IV. Definiciones complementarias) y que en ningún caso podrá superar el límite acústico de 75 decibelios”* y el segundo a *“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”*.

Por otro lado, la DT Primera decía *“Disposición Transitoria Primera. Adecuación de licencias*

Todos los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos existentes en la Comunidad Autónoma deberán solicitar su adecuación a las denominaciones y requisitos del Catálogo previsto en la Ley 11/2005 y desarrollado en el anexo al presente Decreto, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, manteniendo la categoría y consideración de la actividad que ostenten desde la entrada en vigor de la Ley 11/2005, mientras no se pronuncie de manera expresa la Administración competente para conceder, modificar o denegar las oportunas autorizaciones y licencias, la cual deberá hacerlo en el plazo de un año desde la presentación de la citada solicitud.

Transcurrido el indicado plazo de seis meses sin haberse presentado la solicitud a que se refiere el párrafo anterior, la Administración competente

procederá de oficio a la citada adecuación en el plazo máximo de un año”.

TERCERO- La primera cuestión estriba en determinar si el llamado informe es una resolución o no, y en ese caso, cuales son los efectos jurídicos que se derivan de una u otra apreciación.

Al respecto, no puede entenderse que haya habido una resolución, y ello por varios motivos. En primer lugar, formal, pues se hace referencia a una simple diligencia de constancia, no se dice que se trate de una resolución, aunque se añada cierta explicación sobre que la pretensión está satisfecha. Por otro lado, y es más importante, a la competencia, ya que siendo el Consejo de Gerencia el competente para resolver, la diligencia se firma por el Jefe de la Sección Jurídica, que no tiene dicha competencia. En tercer lugar, porque no viene a decir que se le reconoce tal derecho, sino a hacer un juicio de valor sobre el hecho de que la licencia de equipo de música es encuadrable en el epígrafe II.5 de actividad, “Hostelería en sus diferentes categorías”, y en el III.2 del catálogo. En cuarto lugar, incurre en un primer error al presumir, y por ello archivar la solicitud, que “su pretensión está sobradamente satisfecha”, como si la misma no precisase una resolución, pese a lo que dice la DT Primera del D 220/2006. Finalmente, y esto es el remate del despropósito, yerra de forma absoluta al partir de la premisa de que la licencia de que disponía era de “bar con equipo de música” y no de “bar sin equipo de música”. Y en este punto, esencial en el origen del embrollo pero irrelevante para la resolución, como ahora se verá, no hubo un error en la subsunción de la norma, es decir en la valoración de qué epígrafe del catálogo se correspondía con la licencia del recurrente, sino un error material manifiesto respecto de la licencia de que disponía la recurrente. Es decir, si hubiese tenido dicha licencia de bar con equipo de música, la solución habría sido correcta.

Por tanto, no es una resolución, se mire como se mire.

CUARTO- Si no es una resolución, hay que estar a la normativa del silencio. La DT Primera fija un plazo de seis meses para pedir la adaptación por parte de los interesados y de un año para hacerlo de oficio por el Ayuntamiento, pero no modifica las normas sobre el silencio.

Dado que no se reguló un procedimiento específico, hay que acudir al D 347/2002 de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, cuyo art. 146 establece un plazo genérico de tres meses para las licencias municipales, no siendo aplicable la regla del art. 17.2 de la Ley 11/2005, que, por su propia configuración, es sólo apta para la licencia inicial de funcionamiento, mientras que aquí estamos ante una solicitud de adaptación de licencia a la normativa. Si se entendiese que no es propiamente tampoco una solicitud de licencia, se aplicaría la regla general del art. 42.3 de la ley 30/1992. En cuanto al sentido del silencio, el art. 176 dice que no puede ser contrario a la legislación o planeamiento urbanístico, y en este caso la normativa materialmente tiene un contenido urbanístico, aunque no lo sea de forma exclusiva. Por ello, no se podía en ningún caso y bajo ningún concepto reconocer como aplicable el epígrafe III.2 en cuanto no se partía de una licencia de ese tipo, “bar con equipo de música”, sino de una licencia indiscutiblemente incluida en el III, ya que la misma, de forma expresa, decía que no se permitía “ninguna fuente reproductora de sonido”.

QUINTO- Se hace, si bien de forma implícita, una solicitud subsidiaria, pues se pretende, y se ha traído prueba al respecto, el reconocimiento de la licencia como insertable en el epígrafe III.2, pero eso es imposible, pues el D 220/2006 sólo pretende la adaptación al nuevo catálogo, y sólo puede surgir modificación de la licencia anterior si no hay correspondencia entre la anterior clasificación que pueda haber, en este caso contenida en la OMDM, y la nueva, lo que precisaría una labor interpretativa para determinar en qué nuevo epígrafe encaja mejor, pero no cuando la misma es perfectamente trasponible sin más operación que la simple lectura de ambas clasificaciones, como ocurre en este caso. También es irrelevante la argumentación sobre si reúne o no todos los requisitos, pues eso es otro debate, que requeriría una modificación de la licencia, que quedaría sometida a la normativa

sobre zonas saturadas, ya que no puede perderse de vista una cosa, incluso aunque se reúnan todos los requisitos, cosa que habría de demostrarse, ello por sí no confiere derecho a la licencia, si se está en una zona saturada.

En resumidas cuentas:

1) No hubo resolución administrativa expresa, sino sólo un informe jurídico que partió de un error material evidente en la premisa inicial, pues la licencia que se tenía era de bar sin equipo de música y no de bar con equipo de música.

2) No se produjo un silencio positivo en la solicitud de la licencia al catálogo, del D 220/2006.

3) Podía hacerse la rectificación del error y dictar resolución expresa en el sentido de la misma.

4) La resolución es ajustada a derecho.

Por todo ello, procede desestimar el recurso interpuesto, no pudiendo dejar de reseñarse que la recurrente se ha visto favorecida por el error, de momento, con cuatro años de actividad de un local como bar con equipo de música, pese a no tener derecho a ella, y considerando que hizo la solicitud sin aportar la licencia, pidiendo algo a lo que no tenía derecho y sin que en ningún momento haya aportado la licencia de apertura que tenía.

SEXTO- 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 P.SC contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de 9-2-2010 que determinó que en el establecimiento L. de la Plaza San Felipe 1 no podía haber fuente reproductora de sonido de ningún tipo, habiendo rectificado el informe de 6-7-2010 que, en el seno de una solicitud de aplicación del D 220/2006 de la CA de Aragón había indicado que la licencia de la recurrente era de Bar (incluido en grupo II) y que por ello resultaba subsumible en el Epígrafe II.5, III.2, “bares con equipo de música y pubs”, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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