

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

EXPEDIENTE SANCIONADOR. INFRACCIÓN URBANÍSTICA. SANCIÓN.

No cumplimiento del horario de cierre.

No retroactividad de la Ordenanza de Distancias Mínimas. Solicitud de licencia de apertura con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ordenanza.

Graduación de la sanción. Proporcionalidad.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Javier Oliván del Cacho

En Zaragoza, a 30 de Octubre de 2008.

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Zaragoza, habiendo visto el procedimiento abreviado 44/08, en el que ha sido actor D. O.P., representado por el Letrado D. P.J.C.H., y como demandado el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, representado, por Doña N.C.A., Procuradora, con asistencia de la Sra. Letrada Consistorial, siendo objeto del recurso la Resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo, de 1 de abril de 2008.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 4 de junio de 2008, el Letrado Sr. C.H., en la representación citada, presentó escrito de demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia “por la que anule la resolución impugnada, declarando no ser ajustada a derecho; con expresa imposición de costas a la Administración”.

SEGUNDO.- Mediante Providencia de 8 de julio de 2008, se admitió a trámite la demanda, se ordenó la remisión del expediente y el emplazamiento de eventuales interesados y se citó al acto del juicio oral para el día 28 de octubre de 2008.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la sanción impuesta por la contravención, a juicio del Ayuntamiento, de la normativa en materia de horarios contenida en la legislación de espectáculos públicos (art. 48.j. de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre).

SEGUNDO.- Del expediente administrativo cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

1.- Con fecha 8 de septiembre de 2007, se formuló denuncia en cuya minuta figuraban los siguientes hechos:

“Que sobre las 03:30 horas del día de la fecha mientras se encontraban patrullando por la c/ Lastanosa, se localiza el Pub C. abierto.

Que se entrevistan con la encargada tratándose de quien dice ser y llamarse D^a M.E.P.S.H. con número de Nie (...).

Que esta persona desconoce si el establecimiento tiene licencia y la filiación del propietario ya que es su primer día de trabajo.

Que en relación a los hechos observados el establecimiento se encontraba abierto al público, con el equipo de música en funcionamiento y sirviéndose consumiciones.

Que se realizan gestiones con la Policía Local manifestando que dicho establecimiento carece de licencia de apertura.

Que por tal motivo se procede a levantar Acta por presunta infracción a la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana, artículo 23.e”.

2.- Previa propuesta, fue incoado expediente sancionador en fecha 10 de noviembre de 2007, en el que presentó alegaciones el actor del siguiente tenor:

“PRIMERO.- Que no es cierto que ejerciera la actividad a las 3,30 horas el día 08 de junio de 2007, puesto que el establecimiento estaba cerrado para el público, encontrándome con los empleados limpiando y recogiendo el bar.

SEGUNDO.- Que tengo presentada solicitud de licencia de apertura en expediente 973321/2005, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por ustedes, sin que hasta la fecha se haya dado cumplimiento a la autorización”.

3.- Tras la propuesta de resolución, se impuso la sanción de 1.200 euros.

TERCERO.- Tres son los argumentos desarrollados en la demanda y en el acto del juicio oral por parte del Sr. Letrado del recurrente.

En primer lugar, se niega la posible subsunción de la conducta de la actora en la infracción apreciada por parte de la Administración. Para ello, se parte de lo dispuesto en el Decreto 220/2006, de 7 de noviembre del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Catálogo de espectáculos públicos y actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuyo Anexo, Apartado III.1 y 2, se establecía la siguiente distinción:

“III.1.- BARES Y CAFETERÍAS: 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 y que en ningún caso podrá superar el límite acústico de 75 db (A).

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, 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”.

Esta distinción de establecimientos en el Reglamento del Gobierno de Aragón se pone en relación con el condicionado presente en la licencia concedida por el Ayuntamiento el 26 de septiembre de 2006 y, en concreto, con la condición 14, donde puede leerse:

“14.- De conformidad al Proyecto técnico aprobado y de acuerdo con la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Ordenanza sobre la Protección contra Ruidos y Vibraciones, las fuentes de emisión de sonido no superarán los 83 db (A)”.

De ahí se concluye que “en el establecimiento está autorizado por licencia el Equipo de Música y a un nivel de 83 db (A)”.

Pues bien, a partir de la constatación anterior, se transcribe el art. 34 de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, que reza así:

“Art. 34. Horario de establecimientos.

1. 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 de 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, güisquerías, clubes, pubs, salas de fiesta y discotecas no podrá ser en ningún caso anterior a las doce horas del mediodía.

El límite horario de cierre de los establecimientos señalados en el apartado anterior; a excepción de las salas de fiesta, 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.

En función de este precepto, se afirma que “el horario que se hace constar en

la resolución recurrida es de 3:20 horas de la madrugada y de conformidad con la Ley 11/2005, de 28 de diciembre y Decreto 220/2006, de 7 de noviembre, (...), el establecimiento tiene autorizado hasta las cuatro horas y treinta minutos, más media hora para el desalojo, es decir a las 5 horas por lo tanto en ningún caso habría cometido infracción alguna por exceso de horario”.

Frente a ello, la Sra. Letrada Consistorial ha expresado que la actividad no cuenta con licencia de apertura, por lo que, en puridad, no debería estar abierto.

En segundo lugar, se ha defendido la aplicabilidad de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza el día 17 de noviembre de 2006, lo que ha sido rechazado por el Sr. Letrado de la actora, al considerar que se trataría de una aplicación retroactiva de la norma municipal. Sin embargo, el hecho de que la solicitud de la licencia de apertura se presentara con posterioridad a la entrada en vigor de la Ordenanza (folio 6 del expediente) hace que no pueda prosperar este alegato de la demandante basado en la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. De ahí que deba desestimarse este argumento de la parte demandante que constituye el principal alegato a valorar por este órgano judicial.

Sentado lo anterior, tampoco puede apelarse al principio de culpabilidad para justificar las pretensiones de la actor, debido, en primer lugar, a las adaptaciones que tiene este principio en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, donde cabe sancionar “a título de simple inobservancia”, ex art. 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En nuestro caso, existe el dato relevante, se insiste en ello, de la ausencia de la obtención de una licencia de apertura.

Finalmente, tampoco cabe objetar la actuación sancionadora desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, toda vez que ha de partirse de que la multa no se ha impuesto en su grado máximo (que podría alcanzar los 30.000 euros, ex art. 51 de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre de Espectáculos Públicos), a lo que hay que añadir que el hecho cierto es que, en estos momentos, la actividad no cuenta con licencia de apertura (al menos, mediante un acto formalizado expreso). Este dato revela una intencionalmente por la actora (art. 52.1.b de la Ley 11/2005), a pesar de que, ciertamente, la Administración también ha incumplido su deber de dictar una resolución expresa sobre el particular.

Procede, por todo ello, desestimar el presente recurso contencioso-administrativo y confirmar la actuación administrativa objeto de impugnación.

CUARTO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Se desestima el Recurso 44/08 interpuesto por D. O.P., representado por D. P.J.C.H., contra el Acuerdo de 1 de abril de 2008, que se ratifica por ser conforme a Derecho; sin costas.

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