

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA
INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA. RUIDO.

Sanción procedente.

Defectos formales de expediente, inexistencia.

Establecimiento de licencia de Bar Grupo I con equipo musical y no Pub.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza, a siete de mayo de 2013, habiendo visto los presentes Autos Concepción Gimeno Gracia, Magistrada-juez del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 4 de los de Zaragoza, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: H.S.,S.L. representada y defendida por el Letrado Sr. D. P.J.C.H.

Demandado: Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Sra. D^a S.S.S y defendido por la Letrada Sra. D^a R.S.G.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Resolución de 13-09-12, del Consejo de Gerencia de Urbanismo, que impone a la recurrente, como titular de la actividad de Bar denominada P., sita en Avda. Cesáreo Alierta, 8, sanción por infracción grave por incumplimiento de horario de apertura y cierre del establecimiento (Expte Nº 303356/2012).

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte Sentencia por la que se anule la resolución impugnada, declarándola no ajustada a Derecho, con expresa imposición de costas a la Administración.

CUARTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

Se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso en su integridad, confirmando el acto administrativo recurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mantiene la recurrente que la Administración incurre en error en la resolución que nos ocupa, por entender que el horario aplicable al establecimiento y por lo tanto infringido es el de actividad de Bar. Continúa manifestando que el Ayuntamiento de Zaragoza y con ocasión de un cambio de titularidad, pretendió limitar la actividad del establecimiento, sustanciándose el PO 282/2007, ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2, de Zaragoza, dictándose Sentencia que se adjunta de 17 de abril de 2008, Sentencia 137/2008. Igualmente, dice, la recurrente presentó justificación del cumplimiento del artículo 32.1.c) ordenado por la Sentencia, en comparecencia de 6 de octubre de 2009, aportando Certificado requerido de cumplimiento como Grupo II, emitido por D. J.G.L., Ingeniero Técnico Industrial, adjuntándose igualmente, dice, como documento número 6, la limitación del equipo de música a 89 db, por tanto, sigue, y de conformidad con lo establecido en la Sentencia, el establecimiento habiendo cumplido el artículo 32.1.c) tal y como recoge el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, podría abrir durante todo el horario de PUB.

Tras ello manifiesta que con fecha 25 de septiembre de 2012, se notificó a la actora la resolución impugnada (primera notificación del expediente sancionador que nos ocupa), sin que conste notificación alguna ni del acuerdo de incoación ni de la propuesta de resolución. En definitiva y como específicos motivos de impugnación

frente a la actuación impugnada, mantiene:

1-Infracción total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, concretamente en relación al **acuerdo de incoación**, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del RD 1398/1993 (en este procedimiento sancionador, dice, no nos consta acuerdo de incoación alguno, generándose desde su inicio indefensión al interesado y desconociendo quién es el instructor, lo que no se comunica) y en cuanto a **la propuesta de resolución**, invocando lo establecido en el artículo 18 del RD 1398/1993, manifestando en esencia que no consta notificación alguna de la propuesta de resolución, trámite indispensable del que considera se deriva la nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado, manifestando por último que la Ordenanza de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas, dispone en relación al horario de funcionamiento de los Bares con Música y Pubs, diferencia dos supuestos, uno para aquellos en cuyas licencias se autoriza un límite acústico superior a 75 db, pero inferior o igual a 85 db, y aquellos en cuyas licencias se autoriza un límite acústico superior a 85 db, para los que su horario de apertura es de 12 horas del mediodía y cierre a las 3,30 de la madrugada, con ampliación de una hora en el horario de cierre de los viernes, sábados y vísperas de festivo, momento éste del que disponen de un máximo de media hora más, para el desalojo de la clientela, tiempo éste durante el cual no puede emitirse música ni servir consumiciones. De lo expuesto concluye que el establecimiento que nos ocupa ha sido siempre un Pub, y que anteriormente se denominaba Bar de Categoría Especial o Bar con Equipo de Música, Equipo éste que se encuentra limitado a 89 db.

Concluye que el establecimiento cumple con el artículo 32.1.c) de la OOMM de Ruidos y Vibraciones, por comparecencia efectuada por el Gestor de la Mercantil en fecha 6 de octubre de 2009, donde se aportó informe Visado por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos con fecha 4 de agosto de 2009, evacuado por el Ingeniero Técnico Industrial D. J.G.L., del cumplimiento como Grupo II y con que, siempre se ha tratado de un pub, con el horario antes establecido.

SEGUNDO.- El expediente administrativo demuestra que el mismo se inicia por el boletín de denuncia de 27 de febrero de 2012, en el que se hace constar que el denunciado del establecimiento recurrente, describiendo como hechos denunciados:

"Excederse del horario para el cierre del establecimiento reseñado. En el momento de comunicar la denuncia el local se encontraba con acceso libre al público, el equipo de música (funcionando) con aproximadamente (40) personas en su interior y los trabajadores..."

La denuncia se levanta a las 3,80 horas de la madrugada.

Tras ello consta el acto de incoación del expediente, en el que se hace constar que en la tramitación del procedimiento debe observarse lo establecido en el Título IX, de la LRJAP y PAC, y en el Decreto 28/2001, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón, estableciendo a su vez, que la Policía Local había formulado denuncia en fecha 26 de febrero de 2012, contra el establecimiento destinado a Bar, denominado P., sito en la Calle Av. Cesáreo Alierta, número 8, cuyo titular es la actora, por la infracción administrativa prevista en el artículo 48.J) de la Ley 11/2005, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la CCAA de Aragón, en concordancia con lo previsto en el artículo 34 del citado cuerpo legal, y el artículo 3 de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y zonas saturadas para actividades reguladas en la citada Ley 11/2005. Continúa el Acto diciendo que en los antecedentes obrantes en el seguimiento de expedientes administrativos y acuerdos del Ayuntamiento de Zaragoza, se constata que el referido establecimiento tiene licencia urbanística y de apertura (o funcionamiento) tramitadas respectivamente en expedientes administrativos....., concediéndose la primera por resolución municipal de 15 de marzo de 1998 y la de apertura o funcionamiento por resolución de 28 de julio de 1995 y que el actual titular en fecha 14 de octubre de 2009, solicitó cambio de titularidad, lo que fue concedido en fecha 18 de diciembre de 2009.

Igualmente, el acuerdo mantiene que el hecho descrito en la denuncia, implica la comisión de la infracción tipificada en el artículo 48 apartado j) de la Ley 11/2005, en concordancia con lo establecido en el artículo 34, del citado cuerpo legal, que

establece como infracción Grave, “*El incumplimiento del horario de apertura y cierre*” y todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la OM de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas para actividades reguladas en la citada Ley 11/2005.

Tras todo lo expuesto acuerda incoar expediente sancionador a la recurrente en relación al establecimiento antes descrito, estableciendo que nos encontramos ante una infracción consistente en ejercicio de la actividad incumpliendo los horarios permitidos, y que su horario -a la vista de las licencias concedidas para dicho establecimiento y consultadas- conforme al artículo 34 del anteriormente mencionado cuerpo legal y artículo 3 de la OM de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas para actividades reguladas en la Ley 11/2005, es el de 6 horas de la mañana a 1,30 horas de la madrugada, salvo viernes, sábados y vísperas de festivos, que se amplía en una hora más, y todos los días en media hora para desalojo de clientela (sin servir nuevas consumiciones ni ambientación musical).

En el acuerdo de incoación constan igualmente las sanciones que pueden imponerse y la persona nombrada instructora del procedimiento, dándose plazo para alegaciones.

Igualmente al folio 8 y siguientes del expediente administrativo, consta que agentes de la Policía Local, a las 17:50 horas del día 19 de junio de 2012, se personan en el establecimiento indicado para proceder a la notificación de la incoación de expediente sancionador al mismo, recogiendo la firma del Recibí, D. D.G.G. constando dicha notificación al folio 10 y siguientes.

Dicho esto y en relación al primer motivo de impugnación esgrimido, deben desestimarse todas las alegaciones efectuadas por la recurrente en relación a la ausencia de acto de incoación de expediente sancionador, o de notificación del mismo y del nombramiento del instructor determinado, ya que se acredita que no fue así, matizando eso sí el Letrado en el acto de la vista, que en lo que el acto de incoación infringiría la normativa de aplicación es en que no establece de qué tipo de licencia goza la recurrente y eso le lleva a la misma a una suerte de indefensión.

Pues bien, dicho esto el Decreto 28/2001 de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la CCAA de Aragón, establece:

Artículo 8. Acuerdo de iniciación

1. La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizará con el contenido mínimo siguiente:

a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos.

b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento su posible calificación las sanciones que pudieran corresponder sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

c) Nombramiento del Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación de su régimen de recusación.

d) Órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya tal competencia.

e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado.

f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

2. El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto y se notificará al denunciante en su caso y a los interesados entendiendo en todo caso por tal al imputado. En la notificación se advertirá a los interesados, que de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el art. 10 la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los arts. 13 y 16 de este Reglamento.

3. Recibido el acuerdo de iniciación, el Instructor y el Secretario comunicarán en el plazo de tres días al órgano que los ha designado su voluntad de abstenerse en función de su creencia de que tienen aplicación al caso concreto alguna de las causas reguladas legalmente para ello. El órgano competente

resolverá lo procedente en el plazo de tres días.

Basta observar el acto de incoación del expediente para comprobar que cumple perfectamente con lo establecido en el artículo 8 hasta aquí expuesto, sin que resulte exigible, como pretende la recurrente, la inclusión en el mismo de otros datos (concretamente la licencia específica de la que goza el recurrente), debiendo añadirse que del propio acto se deduce de qué tipo de autorización de la actora se parte para sancionador, y que por lo que luego diremos, la parte recurrente no desconoce en modo alguno de qué tipo de licencia o autorización parte la Administración para sancionar, lo que impide que entendamos que existe en este aspecto suerte alguna de indefensión material que deba llevar a una anulación como la pretendida.

Igualmente deben desestimarse las pretensiones en relación a que se declare la anulación del acto impugnado, basándose en la ausencia de notificación de la propuesta de resolución. Concretamente el acto de incoación recogía expresamente *“...que de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo establecido en el artículo 10 del Decreto 28/2001, la iniciación podría ser considerada propuesta de resolución si contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 13 y 16 del Reglamento”*, debiendo añadirse que la parte recurrente no efectuó alegación alguna al acto de incoación, lo que lleva a que el acto de incoación que nos ocupa pueda y sea considerado propuesta de resolución, propuesta ésta por tanto notificada a la vez que el acto de incoación.

TERCERO.- Por último y en cuanto al fondo del asunto, la parte recurrente manifiesta que la Ordenanza de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas, diferencia en relación al horario de funcionamiento de los Bares con Música y Pubs, dos supuestos; uno, para aquellos en cuyas licencias se autoriza un límite acústico superior a 75 db, pero inferior o igual a 85db, y aquellos en cuyas licencias se autoriza un límite acústico superior a 85 db, para los que su horario de apertura es de 12 horas del mediodía y cierre a las 3,30 de la madrugada, con ampliación de una hora en el horario de cierre de los viernes, sábados y vísperas de festivo, momento éste del que disponen de un máximo de media hora más, para el desalojo de la clientela, tiempo éste durante el cual no puede emitirse música ni servir consumiciones. De lo expuesto concluye que el establecimiento que nos ocupa ha sido siempre un Pub, y que anteriormente se denominaba Bar de Categoría Especial o bar con Equipo de Música Equipo éste que se encuentra limitado a 89 db.

Concluye que el establecimiento cumple con el artículo 32.1.c) de la OOMM de Ruidos y Vibraciones, por comparecencia efectuada por el Gestor de la Mercantil en fecha 6 de octubre de 2009, donde se aportó informe Visado por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos con fecha 4 de agosto de 2009, evacuado por el Ingeniero Técnico Industrial D. J.G.L., del cumplimiento como Grupo II y con que, siempre se ha tratado de un pub, con el horario antes establecido.

Para llegar a dicha conclusión, la parte se basa fundamentalmente en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2, que aporta junto a su demanda como documento número 3 (Sentencia de 17 de abril de 2008, 137/2008), pero no menciona ni aporta el Auto que en ejecución de dicha Sentencia dictó el propio Juzgado número 2, en el que se establece expresamente:

“.....La recurrente pide la nulidad de pleno derecho -de la actuación administrativa por la que el Ayuntamiento de Zaragoza el 19 de enero de 2009, tras verificarse que el Pub P. de la recurrente se ajusta en las condiciones de aislamiento al 32.1.c) de la Ordenanza, otorgó la Licencia de Apertura de Ampliación” para la actividad de Bar; Grupo 1, con equipo musical, permitiendo el ejercicio de la actividad con el equipo de música, en toda la franja horaria que es hasta la 1,30 horas y 2,30 los viernes y vísperas de festivo- por no ajustarse lo establecido en Sentencia y que se declare que el establecimiento es un Pub, con lo cual tiene derecho de apertura hasta las 3,30 horas y viernes, sábados y vísperas de festivo, una hora más con un máximo de 90 dBA.

SEGUNDO.- Debe rechazarse la pretensión por varios motivos. El primero, es que lo que fue objeto de debate, como dice la sentencia, fue sólo si se podía limitar el uso de las fuentes reproductoras de sonido. “Como primera cuestión, se hace preciso fijar el objeto del procedimiento, y éste es la fijación de las

mencionadas limitaciones horarias sobre el funcionamiento de las fuentes reproductoras de sonido, siendo su anulación lo que se pide en la demanda. En consecuencia, es preciso examinar si es posible imponer tal limitación o no”, cuando ahora lo que se pretende es discutir si la licencia es de Bar con equipo de música o de Pub. El segundo es que aunque coloquialmente en la sentencia pudiera hablarse de Pub -siendo su diferencia con el bar con equipo musical de carácter jurídico en cuanto a horarios y exigencias de aislamiento- no se hizo cuestión al respecto en el procedimiento, no suponiendo el uso de tal palabra reconocimiento alguno al respecto, y la licencia urbanística de 8-6-2005, es de Bar Grupo I (como manifestó la letrada del Ayuntamiento en su contestación, sin que fuese rebatido por la recurrente, no obrando ahora el expediente en el Juzgado), sin que el recurrente, haya aportado entre la numerosa documental presentada, la licencia que acredite que es un Pub. Al respecto, como recuerda la letrada consistorial que dijo la Sentencia de este Juzgado de 27 de octubre de 2008, el tener las condiciones para Pub, no implica el derecho a tal licencia, condicionada especialmente al cumplimiento de la OMDM y a las Zonas Saturadas.

Por ello debe rechazarse la solicitud, declarando bien ejecutada la Sentencia....”

En consecuencia, en contra de lo que pretende la actora, lo que debe concluirse de la Sentencia dictada por el Juzgado número 2, e invocada por la misma, es que la recurrente tiene licencia para la actividad de Bar, Grupo I, con equipo musical, permitiéndole el ejercicio de la actividad con equipo de música, en toda la franja horaria que es hasta la 1,30 horas y 2,30, los viernes y vísperas de festivo.

A lo anterior, como acredita la documental presentada por la representación y defensa del Ayuntamiento, debe añadirse que el Auto dictado en ejecución fue apelado ante la Sala de lo Contencioso del TSJ de Aragón, que manifestó en esencia que lo que la actora pretendía mediante el recurso de apelación interpuesto, era modificar el fallo de una Sentencia firme, y por tanto, si la actora entendía que aquella Sentencia incurrió en incongruencia, pudo haberla recurrido, lo que sin embargo no hizo, pero, seguía la Sentencia de la Sala, “...desde luego, no es el derecho a licencia de actividad para Pub el que le otorgó la Sentencia, que tuvo por ejecutada el Juzgado al haberse adoptado por el Consejo de dicha Gerencia el acuerdo de 18 de diciembre de 2009, por el que se otorgó licencia de apertura de ampliación a H.S.,S.L., para la actividad de Bar Grupo I, con equipo musical, denominado P. y sito en Cesáreo Allerta 8, incluido en la zona saturada E, de Zaragoza....”.

Concluía la Sala, desestimando el recurso de apelación interpuesto.

En consecuencia y mientras no se acredite lo contrario, (cosa que la recurrente no ha hecho hasta el momento) ha de partirse de que la licencia de la que goza la actora es de licencia para actividad de bar Grupo I, con equipo musical, y por tanto, la actuación administrativa impugnada es conforme y ajustada a Derecho, atendida la hora de la denuncia y el horario permitido para la actividad, no más allá de las 1,30 horas de la madrugada, excepto vísperas de festivo y viernes, que se extiende hasta las 2,30, más media hora de desalojo, sin servir consumiciones y sin ambientación musical.

Debe procederse por tanto, a la íntegra desestimación de la demanda.

CUARTO.- Las costas del procedimiento se imponen a la parte recurrente con el límite del tercio de la cuantía a todos los efectos, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 LJCA.

FALLO

DESESTIMAR el recurso P. ABREVIADO 323/2012-BB, interpuesto por H.S.,S.L., con la representación y defensa antes expresada, contra la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho de la presente, y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida.

SEGUNDO.- Se imponen las costas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de los de Zaragoza.