

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN. SUSPENSIÓN TEMPORAL. LICENCIA DE APERTURA. BAR.
Anulación judicial de Ordenanza municipal. Justificación sanción en la propia ley.
Sanción desproporcionada. Sustitución por multa de 601 €.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza a 26 de julio de 2011, habiendo visto los presentes Autos Concepción Gimeno Gracia, Magistrada-juez del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº4 de los de Zaragoza, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: L.B.M.L.,S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. D. P.A.J.L.

Demandado: Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Sra. D^a S.S.S. y defendido por el Letrado Sr D. F.R.T.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Resolución de 23 de julio de 2007, por la que se acuerda imponer una sanción de un mes y un día de suspensión de licencia de apertura, por presunta falta grave por incumplimiento de horarios.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte Sentencia por la que estimando íntegramente el recurso, se declare nula de pleno derecho la resolución impugnada, o, subsidiariamente, se anule o revoque y deje sin efecto la impugnada, así como la sanción impuesta, declarando el archivo del expediente, con todos los pronunciamientos favorables y con expresa condena en costas a la Administración demandada.

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.- Como motivos de impugnación frente a la actuación administrativa que nos ocupa, mantiene la parte recurrente:

1-Niega los hechos y concretamente la apertura del local en las horas que refleja las denuncias.

2-Que la Administración parte de un error, al considerarlo un Bar sin equipo de Música, cuando cuenta con Licencia de Apertura para Bar con Equipo Musical, siempre que la emisión no supere los 85 dB.

3-Que en fecha 24 de mayo de 2007, solicitó la adecuación de la licencia a la denominación de bares con música y pubs, del apartado III.2 del Anexo del Catálogo aprobado por Decreto 220/2006, del Gobierno de Aragón y que la Gerencia de Urbanismo, mediante Diligencia de 23 de julio de 2007, consideró innecesaria la adaptación solicitada, ya que la actividad del establecimiento era subsumible en el epígrafe “Bares con Música y Pubs”, apartado III.2 del Anexo del Catálogo”

Tras ello, concluye que conforme al artículo 34 de la Ley 11/2005, el límite horario es de 3,30 horas, ampliable a 4,30 horas, en viernes, sábados y vísperas de festivos, y que el día 17 de diciembre de 2006, era sábado, por lo que el horario de

cierre era de 4,30, con una media hora más para desalojo.

4-Por último y de manera subsidiaria, critica la vulneración del principio de Proporcionalidad en la sanción impuesta.

SEGUNDO.- A la recurrente se le sanciona por la comisión de una infracción Grave tipificada en el artículo 48.j) de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, 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 artículo 3 de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas para actividades reguladas en la citada Ley 11/2005, de los Espectáculos Públicos, consistente en el incumplimiento del horario de apertura y cierre de los establecimientos.

TERCERO.- El artículo 48.j) de la Ley 11/2005, establece:

"Artículo 48. Infracciones graves

Se consideran infracciones graves:

j) El incumplimiento del horario de apertura y cierre....."

Por su parte, el artículo 34 del mismo cuerpo legal, establece:

"Artículo 34. Horario de los 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 del cierre, el de la una hora y treinta minutos la madrugada.

b) El límite horario de apertura de los cafés-teatro, cafés-cantante, tablaos flamencos, bares con música, güisquerías, clubes, pubs, salas de fiestas y discotecas no podrá ser en ningún caso anterior a las doce horas del mediodía.

c) El límite horario de cierre de los establecimientos señalados en el apartado anterior, a excepción de las salas de fiestas, 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.

f) Los horarios de apertura y cierre establecidos en las correspondientes autorizaciones administrativas de los establecimientos públicos se aplicarán dentro de los límites horarios generales fijados en el presente artículo. En cualquier caso, todos los establecimientos a los que se refiere la presente Ley deberán permanecer cerrados al menos dos horas ininterrumpidas desde el cierre hasta la subsiguiente apertura.

2. Los límites horarios de casinos de juego, salas de bingo, hipódromos y canódromos, así como sus respectivos complementarios, serán los establecidos en su normativa específica.

3. La Dirección General competente podrá autorizar horarios especiales para los establecimientos de hostelería y restauración situados en áreas de servicio de carreteras, aeropuertos, estaciones de ferrocarril y autobuses, hospitales o destinados al servicio de trabajadores de horario nocturno, prohibiéndose en todo caso fuera de los límites horarios generales el consumo y la expedición de bebidas alcohólicas y la música. Dichas autorizaciones serán notificadas a los vecinos de las zonas, que tendrán derecho a realizar alegaciones.

No quedarán sometidos a las limitaciones horarias que se establecen en los párrafos precedentes aquellos establecimientos hosteleros donde se lleven a cabo celebraciones de carácter familiar que sean de pública concurrencia, estableciéndose en estos casos el límite horario de cierre de las cuatro horas y treinta minutos de la madrugada, sin perjuicio de que, en el caso de llevarse a cabo en dichos establecimientos otro tipo de actividades, éstas queden sometidas a la normativa general."

Por último, el artículo 3 de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y

Zonas Saturadas para actividades reguladas en la citada Ley 11/2005, establecía cuatro grupos de clasificación de establecimientos, estableciendo su horario máximo de apertura y cierre, en función de sus características, existencia de equipo musical en los mismos.....

CUARTO.- La resolución sancionadora es de fecha 24 de julio de 2007, y lo primero que debemos poner de manifiesto es que en fecha 20 de enero de 2010, la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Aragón, dictó Sentencia estimando el recurso 23/2007, en la forma y medida que se indicaba en la misma, interpuesto por la Asociación Plataforma de Empresarios y Hosteleros de Aragón, contra la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas, para actividades reguladas en la Ley 11/2005, de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, publicada en el BOP de Zaragoza de 17 de noviembre de 2006 (y de aplicación al supuesto dado el momento de los hechos), afectando concretamente al artículo 3.2 de la misma, declarando su nulidad radical, artículo este que delimitaba clasificando en grupos a los establecimientos y actividades contemplados por la Ordenanza, aglutinando a aquéllos a los que se les atribuye un régimen jurídico semejante, y estableciendo para cada grupo, el horario exacto de apertura y cierre que le afectaba.

Lo primero que debemos plantearnos pues, es si dicha Sentencia, que en la actualidad goza de firmeza, afecta de alguna manera a la actuación administrativa aquí impugnada.

A tal efecto de lo que debe partirse es si la Ley, resulta suficiente para mantener la imputación que aquí se efectúa y entendemos que teniendo clara la clasificación del local de que se trate y procediendo tras ello a su inclusión en el artículo 34 de la Ley, no existe obstáculo alguno para determinar si resultan vulnerados al menos los márgenes establecidos por dicha Ley, y si por tanto debe mantenerse la sanción impuesta.

QUINTO.- Pues bien, dicho esto, en el supuesto que nos ocupa, lo primero que debe ponerse de relieve es que a la parte recurrente se le sanciona por incumplir los horarios de apertura que le incumbían, haciéndose constar en la denuncia correspondiente que en el momento de la visita de los Agentes (5,20 horas de la madrugada) el establecimiento se encontraba abierto al público, con aproximadamente 20 personas en su interior, y la música estaba funcionando y los camareros ejerciendo la actividad.

A la recurrente se le sanciona por entender que el horario que le incumbe, tanto conforme al artículo 34 y la Ordenanza actualmente declarada nula, era el de 6 horas de la mañana a 1,30 horas de la madrugada, lo que implica que se le aplica el horario general establecido en el artículo 34.1.a), que no resulta aplicable a los bares con música ni a los pubs, a los cuales les incumbe un horario de apertura no anteriores al de las 12 horas del mediodía y de cierre, no superior al de las 3,30 minutos, con un máximo de media hora más para el desalojo de la clientela (o sea, las 4,00 horas) en horario en que no puede emitirse música ni servirse nuevas consumiciones, y horario éste ampliado en una hora más con carácter general, los viernes, sábados y vísperas de festivo.

Pues bien, en el caso que nos ocupa la denuncia se efectúa en la madrugada del sábado al domingo, lo que implica que de considerar al establecimiento como "bar con música" o "pub" -no olvidemos que no cabe aplicar la Ordenanza por haber sido declarada nula de pleno derecho- el horario que le afectaría es el de cierre a las 4,30 horas de la mañana, con media hora más para el desalojo de la clientela, sin música y sin ejercicio de actividad.

Entendemos que la Administración yerra cuando aplica a la recurrente el horario general de apertura a las 6 horas de la mañana y de cierre a la una hora y treinta minutos de la madrugada, porque por la documentación aportada a los Autos por la propia recurrente, ha de concluirse que el local, que tenía concedida desde el año 2004, una licencia de funcionamiento para la actividad de Bar, incluida en el Grupo I resultaba perfectamente subsumible en el epígrafe II.5, III.2 "Bares con música y pubs" según manifestaciones del Jefe de la Sección Jurídica del Servicio de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza en fecha 23 de julio de 2007",

que incluso procedió al archivo de la solicitud de la actora de adaptación al Catálogo de Espectáculos Públicos de la CCAA de Aragón, para el local que nos ocupa a la denominación bares con música y pubs, apartado III.2 del Anexo del Catalogo, por, insistimos, concluir que el local resultaba perfectamente subsumible en dicha denominación, y en su consecuencia el horario que debía haberle sido aplicado es (siendo la madrugada del sábado al domingo) el de cierre a las 4,30 horas, con media hora para el desalojo.

Siendo esto así, la denuncia que ha dado lugar a la sanción, en virtud del principio de presunción de certeza y veracidad que le es propia, acredita que el día 17 de diciembre de 2006, el local se encontraba abierto al públicos a las 5,20 horas de la madrugada, la música estaba funcionando, los camareros ejerciendo la actividad y por tanto incumpliendo en casi una hora el horario de cierre, fijado a las 4,30 horas de la madrugada.

La infracción resulta acreditada, pero lo que entendemos desproporcionado es la sanción impuesta, ya que no acreditándose la existencia de otra infracción por los mismos hechos por los que se haya impuesto sanción alguna a la actora, y siendo por tanto la primera infracción sancionable, la sanción impuesta (un mes y un día de suspensión de la licencia de apertura) nos parece excesiva en orden a las posibles a imponer, y contradictoria con la actuación habitual de la Administración ante estos casos, en los que a la primera infracción sancionable impone -habitualmente y salvo razones absolutamente especiales, que en este caso no constan o no se recogen en la resolución sancionadora- una sanción pecuniaria de 601 €, mucho menos gravosa que la suspensión de la actividad, aspecto éste por tanto en el que se estimara la demanda reduciendo a dicha multa la sanción a imponer.

SEXTO.- No se aprecian méritos para efectuar una especial imposición de las costas causadas, de conformidad con lo al efecto establecido en el art. 139 de la LJCA.

FALLO

Estimar parcialmente el recurso P. ORDINARIO 380/2007-AB interpuesto por L.B.M.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 no conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida, en el sentido de fijar la sanción a imponer en la multa de 601 €, frente a la suspensión de la actividad acordada por la misma, confirmándola por el resto íntegramente.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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.