

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN. SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LICENCIA DE APERTURA. BAR.

Inaplicación Ordenanza municipal anulada judicialmente.

No justificación de la sanción en la propia ley.

Anulación procedente.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a dieciséis de Septiembre de 2011.

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 476/2007-AM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente la mercantil H.T.,S.L. representada por la Procuradora Sra. G.R. y asistida por la Letrada Sra. Y.D. y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por en primer lugar por la Procurador Sra C.A., posteriormente sustituida por su compañera Sra. S.S., y asistido por la Letrada Sra. P.S., sobre SANCION SUSPENSION LICENCIA APERTURA BAR "L.I.", SITO EN C/ TEMPLE NUM. 1, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 11.09.07 se interpuso por la mercantil H.T.,S.L. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

“Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza de 25/09/07 por la que se impone a H.T.,S.L. la sanción de suspensión de la licencia de apertura del bar La Iglesia, sito en c/ Temple nº 1 de esta capital (Expte. 64929/07)”.

Tras subsanar determinados defectos, se admitió a trámite el recurso como 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 y solicitándose la suspensión del procedimiento por existir cuestión prejudicial.

Conferido el oportuno traslado, el Ayuntamiento mostró su conformidad con la suspensión del procedimiento.

Por todo ello, mediante Auto de fecha 21.01.08 se acordó haber lugar a la cuestión prejudicial, suspendiéndose las actuaciones hasta tanto se resolviese el recurso 23/07 del TSJA.

TERCERO.- En fecha 14.04.10, habiéndose recibido testimonio de la Sentencia dictada por el TSJA el 20.01.10 -la cual había sido objeto de recurso de casación-, se confirió traslado a las partes por cinco días y, a la vista de las alegaciones efectuadas, se mantuvo la suspensión del procedimiento.

CUARTO.- Comunicado por el TSJA la resolución del recurso de casación indicado, por Providencia de 05.07.11 se acordó alzar la suspensión de las actuaciones, confiriéndose traslado al Ayuntamiento de Zaragoza para contestación a la demanda, lo cual hizo dentro del término legal mediante el escrito que consta unido.

QUINTO.- Por Auto de 06/09/11 se fijó la cuantía del recurso en

indeterminada y, dado que las partes no habían solicitado el recibimiento a prueba, ni el trámite final de vista o conclusiones, se declararon los Autos conclusos para Sentencia.

Que aún cuando la recurrente solicitó el trámite de conclusiones mediante escrito presentado en 13/09/11, por este órgano se denegó, quedando las actuaciones para dictar Sentencia.

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 del Ayuntamiento de Zaragoza de 25-9-2007 que impuso a la recurrente la sanción de suspensión de un mes y un día de la licencia de apertura del bar La Iglesia, sito en calle del Temple nº 1 por estar abierto el domingo 10-12-2006 a las 3,45 horas, noche del sábado al domingo, cuando, según el Ayuntamiento, su hora de apertura finalizaba a la 1,30, con infracción del art. 48.j en relación con el 34.b de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre de Espectáculos Públicos de Aragón.

Se alega que la Ley 11/2005 derogó la anterior Ordenanza de Distancias Mínimas de 1990, no siendo aplicable la posterior Ordenanza publicada en BOP el 17-11-2006.

SEGUNDO.- En la Sentencia, del PO 203/2005 de 14 de marzo de 2006 ya se resolvió sobre el efecto que había tenido la Disposición Derogatoria Segunda, punto 2, de la Ley 11/2005 sobre la OMDM. En concreto, se decía: *“TERCERO- El único obstáculo a la aplicación retroactiva presentado por la DGA, que en otros supuestos ha venido aceptando tales resoluciones judiciales, es el de la aplicación de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas, alegando que el establecimiento de la recurrente está en el grupo I, ya que para estar en el grupo II es preciso que la emisión sonora sea superior a 85 dbA.*

Tal alegación debe rechazarse. Es cierto que la Ley no implica la derogación de toda disposición reglamentaria anterior, sino sólo en la medida, en que sea contraria a aquélla, además de que el art. 35 de la Ley permite a los Ayuntamientos fijar otros horarios inferiores a los señalados, que tienen un carácter de máximos. Por ello, en principio, sería admisible que por medio de una Ordenanza se limitasen tales horarios. Sin embargo, la citada OMDM lo que no puede hacer es establecer un límite diferente del que fije la Ley, y menos aún debemos de aplicar tal OMDM con carácter restrictivo. La Ley dice que los bares con música deben de incluirse en el 34.1.b y el hecho de que en la OMDM un bar con música que no supere los 85 dbA de emisión sonora esté incluido en el grupo I, esencialmente a efectos de las distancias mínimas a la hora de conceder licencias, y no a la hora de fijar horarios, puede dar lugar a una restricción indirecta de éstos, sin perjuicio de que, de forma expresa, pueda regularse una restricción horaria según lo previsto en el art. 35 y según las características del establecimiento y de la zona, requiriéndose, art. 35.1, un trámite de información pública.

Por otro lado, el art. 14 de la OMDM que es el que regula la posibilidad de restringir el horario, se remite a lo que se disponga en determinados sectores o zonas, y el citado establecimiento no está en Zona Saturada ni hay norma que determine limitación horaria de las que permite la Ley”

Dicho lo anterior, y aunque el Ayuntamiento estableció ex novo restricciones horarias con posterioridad, por la Ordenanza de 2006, en concreto por su art. 3.2, tal ordenanza fue anulada por Sentencia del TSJA de 20-1-2010, recurso 23/2007, siendo irrelevante a estos efectos el que fuese por motivos formales o de fondo, pues lo cierto es que la situación vuelve a ser la misma que había cuando se promulgó la Ley citada, y deben prevalecer las consideraciones que se han hecho por medio de la reseña de la Sentencia mencionada, y que vienen a ser que son aplicables los horarios previstos en la Ley 11/2005, sin que sea aplicable la Ordenanza anulada de 2006 ni tampoco la derogada de 1990.

TERCERO.- Dicho lo anterior, el art. 34.1 de la ley dice “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 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 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”. En el caso presente, estaba abierto un domingo de madrugada, es decir la noche del sábado, a las 3,45, y en tal sentido, en la Sentencia de 30-3-2007 del TSJA de Aragón, dictada en interés de ley respecto de la de 17-2-2006, PA 249/2005 del Juzgado nº 3 de Zaragoza, dicho Tribunal fijó la siguiente doctrina legal: “El artículo 34.1.e) de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, de las Cortes de Aragón deberá interpretarse en el sentido de que, a efectos de la ampliación en una hora del límite de horario de cierre de los establecimientos correspondientes, la mención a “los viernes, sábados y vísperas de festivos” comprende exclusivamente las noches de viernes a sábado, de sábado a domingo y la noche entre la vispera de festivo y éste último, quedando excluida la noche de jueves a viernes, así como la noche que transcurre desde el día anterior al de vispera de festivo al propio día vispera de festivo.” De ello resulta que en la noche del 10-12-2006, podía cerrarse a las 4,30, con lo cual la actividad ejercida estaba dentro del horario, por lo que debe anularse la resolución recurrida, dejándose sin efecto la sanción.

CUARTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA, en cuanto el Ayuntamiento se limitó a aplicar la Ordenanza que, entonces, producía todos sus efectos y se presumía válida.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por H.T.,S.L. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 25-9-2007 que impuso a la recurrente la sanción de suspensión de un mes y un día de la licencia de apertura del bar L.I., sito en calle del Temple nº 1, debo anular y anulo la misma, dejando sin efecto la sanción, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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