

**TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA**

SANCIÓN CLAUSURA TEMPORAL. BAR.

Horarios establecimientos previstos en la Ley son máximos, posibilidad Ayuntamiento de establecer otros más reducidos.

Invocación silencio administrativo positivo. Improcedencia no transcurso plazo legal silencio. Proporcionalidad sanción. Existencia ante los incumplimientos horarios.

**Fallo:**

---

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a veintisiete de Julio de dos mil diez.

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 8/10-AM seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente la mercantil R.S.L., representada por la Procuradora Sra. G.R. y asistida por el Letrado Sr. B.U. y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Sra. C.A. y asistido por el Letrado Sr. N.C., sobre SUSPENSIÓN LICENCIA APERTURA, y

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que mediante escrito de fecha 08.01.10 se interpuso por R.,S.L. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

*“Resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayto. de Zaragoza, de fecha 18.12.09, en virtud de la cual se acuerda imponer a R.,S.L., en calidad de titular de la actividad de bar pub denominada “L.S.”, sita en C/ Burgos nº 24, la sanción de un mes y un día de suspensión de licencia de apertura, por infracción del art. 48.j) de la Ley 11/2005 (Expte. 1195507/2009).”*

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 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.

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 26.03.10 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Recibido el procedimiento a prueba, por la actora se propuso testifical y tener por reproducida una grabación audiovisual; practicándose las declaradas pertinentes, tal como puede verse en autos.

Finalizado el periodo probatorio y, tras solicitarse por las partes, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados y quedando las actuaciones para dictar sentencia.

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

## FUNDEMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre la resolución de 18-12-2009 del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo que impuso a la recurrente la sanción de un mes y un día de suspensión de actividad por haber infringido los horarios de apertura y cierre los días 19-9-2009 a las 6,30, 26-9-2009 a las 7,48, el 27-9-2009 a las 7,39, el 3-10-2009 a las 8 y el 4-10-2009 a las 5,55 en el pub “L.S.” de la calle Burgos, 24.

Se alega que no se pueden establecer limitaciones al horario general, que se ha obtenido por silencio positivo la licencia de cafetería, por lo que tiene la licencia expresa de pub y la obtenida por silencio de cafetería así como se invoca desproporción.

**SEGUNDO.-** Con relación a lo primero, debe rechazarse, pues el art. 35.1 y 35.2 de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre de espectáculos Públicos de Aragón claramente dice que los horarios del art. 34 son máximos, dentro de los cuales los municipios pueden establecer otros horarios más restrictivos. En todo caso, no estamos propiamente ante un problema de discusión del horario máximo permitido, sino de si hay dos licencias que permitirían combinar el horario de cafetería y de pub, bastando, según el recurrente, con respetar el periodo obligatorio de cierre de dos horas previsto en el art. 34.1.f de la ley, el cual está previendo la posibilidad de que haya dos licencias simultáneas sobre el mismo establecimiento.

**TERCERO.-** Se hace necesario entrar en la cuestión del silencio administrativo positivo invocado.

La recurrente pidió licencia de pub el 12-12-2008, expediente nº 1400568/2008. Se le requirió la aportación de certificados de homologación de elementos y materiales utilizados. El 16-12-2008, 4 días después, sin que alegase el por qué no se había pedido antes (error, falta de documentación, etc), pidió ampliación de la licencia de pub solicitada a licencia de cafetería. Lo presentó como licencia de ampliación, en lugar de presentarlo dentro del expediente inicial como una corrección de errores.

De manera inicial, en el expediente de solicitud de ampliación a cafetería, nº 1.416.266/08, como se hace cuando se presenta toda solicitud inicial, se le requirió para que aportase, en quince días hábiles, con apercibimiento de tenerla por desistida, etiqueta o fotocopia del NIF o DNI, acreditación de la representación, declaración sobre el IAE y el Censo fiscal, certificado final de obra y de Instalación, boletín de instalador y puesta en marcha así como certificados de homologación de elementos y materiales utilizados.

La recurrente no aportó en los quince días dicha documentación ni presentó escrito alguno acogiéndose al art. 35.f de la Ley 30/1992 que exime de volver a presentar documentos ya aportados, con referencia al expediente de pub, 1400568/2008.

El 23-3-2009 la recurrente presentó escrito acogiéndose al art. 17.2 de la Ley 11/2005 e informando que se hizo la última aportación de documentación el 15-1-2009 en el expediente 1.400.568/08 (de pub), así como que toda la documentación se encontraba allí, considerando que se podía ejercer la actividad de bar.

Examinada toda la documentación, la conclusión es que no se ha obtenido la licencia por silencio positivo, y ello por los motivos siguientes.

En primer lugar, porque es de aplicación el art. 193.2.5 de la LALA 7/1999 y 147.2 del D 347/2002 en combinación con el 17.2 de la ley 11/2005. Este establece una regla particular, una suerte de licencia por silencio positivo provisional. En efecto, el mismo dice “2. *En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud a que se refiere el número anterior; el Ayuntamiento, tras girar visita de inspección, otorgará o denegará, en su caso, la licencia de funcionamiento. Una vez transcurrido el señalado plazo sin que se haya resuelto lo pertinente de forma expresa, los solicitantes de la licencia podrán iniciar la actividad previa comunicación a la Administración municipal, pudiendo en todo caso el municipio proceder al cierre del local cuando el establecimiento no se ajuste a los requisitos establecidos en las licencias o difiera del proyecto presentado*”. Es decir, si el Ayuntamiento, en el plazo de un mes, no ha llevado a cabo la inspección y concedido

la autorización, el solicitante puede abrir el local, comunicándolo al Ayuntamiento, dejando "la pelota en su tejado", de modo tal que puede funcionar mientras el Ayuntamiento no realice la inspección y conceda la licencia o bien lo cierre. Es decir, no es una licencia por silencio positivo definitiva.

Esta vendría en virtud del otro precepto mencionado, y requeriría el transcurso de 3 meses. Dicho precepto, 193.2.5ª de la LALA, dice "5ª Las autorizaciones o licencias se entenderán concedidas si transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud no hay resolución expresa de la entidad local, a no ser que existiera un plazo legal específico superior para el otorgamiento o éste resultare de la tramitación del procedimiento aplicable al caso.

*No obstante lo anterior, no se entenderán otorgadas por falta de resolución expresa las solicitudes de autorización o licencia cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico ni las relativas a la utilización u ocupación de bienes del dominio público local*". Es decir, si se produce el ajuste a la legalidad, esa licencia provisional sujeta a cierre tras la inspección, se convertiría en definitiva a los tres meses, y ya no operaría el derecho al cierre previa inspección que regule el 17.2 de la Ley 11/2005, que no regula excepción, en esta materia, al 193.2.5º.

Pues bien, en el caso presente, si bien sería posible pedir una licencia para dos actividades, el D 220/2006 requiere que se presente la documentación relativa a la diferenciación de zonas, si la hay, cumplimiento requisitos de cada tipo de licencia, etc. En concreto, el art. 3 dice: "*En las autorizaciones y licencias de funcionamiento de los establecimientos públicos y actividades recreativas, así como en sus modificaciones, se hará constar:*

*El nombre o razón social de los titulares.*

*El emplazamiento.*

*La denominación que le corresponda según el Catálogo.*

*Cada uno de los espectáculos o actividades a que vayan a ser dedicados los establecimientos, que deberán ajustarse con exactitud a la clasificación y definiciones contenidas en el Catálogo.*

*El periodo de vigencia de la licencia.*

*El aforo máximo permitido, salvo imposibilidad de estimación por tratarse de espacios abiertos ubicados en vías o zonas de dominio público.*

*La posesión, en su caso, de autorización para la instalación de terrazas y veladores.*

*El horario de apertura y cierre.*

*Cualquier otro dato que se considere oportuno*". Por su parte, el art. 4 dice "1. Si el establecimiento contara con varios espacios de usos diferenciados entre sí, se deberá expresar en la autorización o licencia los extremos señalados en el número 1 del artículo anterior. A tales efectos, tanto en la memoria explicativa como en la descripción y planos del proyecto de este tipo de establecimientos, deberá recogerse de forma clara y diferenciada el tratamiento y soluciones arquitectónicas aplicables a cada una de las zonas del local destinadas a los diferentes espectáculos o actividades recreativas que se pretendan celebrar o desarrollar". Es decir, la solicitud requeriría cuando menos haber indicado si el espacio era el mismo, si habría zonas diferenciadas, si se pretendía el ejercicio simultáneo o sucesivo, etc. Tales datos, como se ha dicho otras veces, son los que han de configurar la licencia obtenida por silencio positivo, configuración que, al ser presunta, sólo puede producirse si tiene toda la documentación técnica exigida y todos los datos relativos al ejercicio determinados por la propia solicitud.

En segundo lugar, no habría transcurrido el plazo de tres meses. En efecto, si la propia recurrente, en su escrito de 23-3-2009, manifestó que el último escrito aportando documentación tuvo lugar el 15-1-2009 -y aunque se diese por buena la intercomunicación que pretende entre ambos expedientes y que efectivamente con ello se había completado la documentación pedida en ambos expedientes, cosa que tampoco ha acreditado- el plazo de 3 meses se habría empezado a computar el 15-1-2009, y si bien el 15-2-2009 habría dado derecho a la apertura provisional del 17.2 de la ley 11/2005, en cambio no habría transcurrido el plazo del silencio de 3 meses, que no finaba hasta el 15-4-2009, habiéndose concedido la licencia el 14-4-2009, sin que conste que se hubiese notificado más tarde del 15-4-2009.

Por otro lado, ha habido un auténtico fraude de ley. En efecto, se pidió

licencia de pub un día, el 12-12-2008, y cuatro días después, sin ninguna explicación se pidió ampliación de licencia de cafetería. No se explicó si se había debido la falta de petición conjunta a un error o a falta de documentación. La cuestión no es baladí, pues al pedir ambas licencias debería de haberse aportado la documentación antes mencionada. Es de reseñar que en dicha ampliación no se presentó, dato alguno sobre el servicio de cafetería, definido en el D 220/2006: "III.1. 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", lo que viene a significar que tal solicitud está realmente vacía de contenido y no es sino un expediente para obtener un horario de apertura más amplio.

Pero es que, aunque se admitiese que hubiese habido un error; lo normal habría sido presentar un escrito de aclaración, no un nuevo documento como de ampliación de una solicitud de licencia. No obstante, y aun si admitiésemos que se podía haber ignorado tal hecho, lo que no tiene ninguna justificación es que no se presentase ningún documento de los requeridos o, como habría sido lo lógico, de aclaración de que se trataba de una ampliación, y de indicación de que la documentación estaba en el expediente original, así como de solicitud de acumulación de ambos expediente. Por el contrario, la recurrente guarda silencio y sólo cuando han pasado unos días desde la que dice que fue última aportación de documentación, que habría sido el 15-1-2009 y en el expediente original de licencia de pub, presenta el escrito diciendo que toda la documentación está en éste y que ya han transcurrido los plazos del silencio. El art. 7.1 y 2 CC exige el ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y prohíbe el fraude de ley y el abuso del derecho, y es lo que aquí se ha producido, jugando con ambos expedientes sin hacer las aclaraciones precisas, por lo que, incluso en el supuesto de que no se diese el primer motivo mencionado para considerar obtenida por silencio positivo la licencia de bar, en ningún caso se podría considerar obtenida al haber actuado de mala fe.

Además de lo anterior, estamos ante un acto firme y consentido. En efecto, o bien estamos ante un expediente independiente, que haría imposible el silencio por no haberse aportado la documentación requerida, o, estamos ante un expediente que debería considerarse conjunto. En ese caso, cuando, se concedió la licencia de pub, sin mencionarse la de cafetería, se debió haber recurrido, si se entendió que la de cafetería se había obtenido por silencio positivo, cosa que no se hizo, por lo que tal acto es firme y consentido y sólo cabría, en su caso, la revisión de oficio.

Finalmente, si bien esto es un argumento a mayor abundamiento, los días 19-9-2009, sábado, en que estaba abierto a las 6,30 como el 4-10-2009, domingo, en que estaba abierto a las 5,55 (6,04 según el video), no habían transcurrido dos horas desde el plazo máximo de cierre, que son las 5 horas, ya que el de 3,30 se amplía en una hora en víspera de festivo o de sábado más la media hora de cierre, con lo cual no podía abrirse en tales días hasta las 7 horas.

Por tanto, no se ha obtenido la licencia de cafetería por silencio positivo, con lo cual el horario de cierre era a las 3,30, más media hora de cierre, con la ampliación de una hora en víspera de festivo.

**CUARTO.**- Dicho lo anterior, es irrelevante que el 4-10-2009 fuesen las 5,55 o las 6,04, pues al no tener licencia de cafetería, no podía abrir hasta las 12 horas, art. 34.1.b de la Ley 11/2005, además de lo ya dicho sobre que al ser domingo no podría haber abierto hasta las 7 horas aunque hubiese sido cafetería, a fin de cumplir la separación mínima de 2 horas de cierre. En este sentido, cabe reseñar que tal precepto, 34.1.f, aunque dice "*En cualquier caso, todos los establecimientos a los que se refiere la presente Ley deberán permanecer cerrados al menos dos horas ininterrumpidas desde cierre hasta la subsiguiente apertura*", debe interpretarse como una regla general sobre el horario de cierre permitido, no sobre la hora de cierre concreto de cada día, lo cual haría imposible verificar el cumplimiento la norma, pues habría que controlar cada día en cada local la hora de cierre y la hora de apertura.

**QUINTO.-** Respecto de la desproporción, debe rechazarse, ya que fueron cuatro incumplimientos en quince días, habiendo habido una reiteración, además de una clara intencionalidad al haber jugado con la existencia de una confusión deliberadamente creada por la recurrente por la solicitud de ampliación, siendo ambos motivos de agravamiento, conforme al art. 131 de la Ley 30/1992.

**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 R.S.L. contra la resolución de 18-12-2009 del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo que impuso a la recurrente la sanción de un mes y un día de suspensión de actividad por haber infringido los horarios de apertura y cierre los días 19-9-2009 a las 6,30, 26-9-2009 a las 7,48, el 27-9-2009 a las 7,39, el 3-10-2009 a las 8 y el 4-10-2009 a las 5,55 en el pub "L.S." de la calle Burgos, 24, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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