

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA
SANCIÓN URBANÍSTICA. BAR. SUSPENSIÓN DE LICENCIA DE APERTURA.
Anulación Ordenanza municipal. Aplicación Ley.
Reducción sanción.

Ilmo. Sr.
MAGISTRADO-JUEZ
D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a diecisiete de Octubre de 2011.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de ZARAGOZA, los presentes Autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 455/2007/BM, instados por D. A.P.M.; representado por la Procuradora DOÑA M.N.J. y defendido por la Letrada DOÑA S.B.D. siendo demandado AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Dª S.S.S. y defendido por el Letrado DON J.M.M. sobre: Resolución dictada por el Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de 18 de Septiembre de 2007 que procede a desestimar las alegaciones presentadas (...) imponiendo al recurrente en calidad de titular de la actividad de Bar Cervecería denominada B., sita en Francisco de Vitoria núm. 27 la sanción de 601 Euros y un mes y un día de suspensión de licencia de apertura al implicar los hechos denunciados la comisión de infracción grave tipificada en el artículo 48 apartado J de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución dictada por el Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de 18 de Septiembre de 2007 y más arriba referenciada.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el artículo 45 y ss de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recibirse el expediente administrativo, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante 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 puede verse en Autos.

TERCERO.- Que mediante Auto de fecha 06.07.11 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada superior a 18.030,36 € sin perjuicio de lo que S.S.ª acuerde fijar en la Sentencia.

Por resolución de fecha 07.10.11 se declaró el pleito concluso para Sentencia.

CUARTO.- 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 18-9-2007 que impuso a la recurrente la sanción de 601 euros y suspensión de un mes y un día de la licencia de apertura del bar B., sito en calle del Francisco de Vitoria, 27, por estar abierto el sábado 23-12-2006 a las

5:15, el viernes 15-3-2007 a las 2:55 y el sábado 24-3-2007 a las 3:45 horas, 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 aquella, 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 éstos 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 sábado de madrugada, a las 5,15; un viernes de madrugada, es decir la noche del jueves, a las 2,55 y un sábado de madrugada, el 24-3-2007, a las 3,45.

De las tres denuncias, es claro, según lo dicho, que la segunda y la tercera estaba dentro del horario permitido. Sin embargo, la primera de ellas -que debe darse por probada a tenor de la presunción de veracidad de los Agentes, art. 137.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y a falta de prueba en contra- no estaba incluida ni siquiera en el máximo ampliado del fin de semana, que finaba a las 4,30 más media hora de cierre. Por ello, al haberse impuesto una sanción, y no tres, la misma debe moderarse, puesto que sólo hay un hecho punible, con lo cual debe estimarse parcialmente el recurso y fijarse en 601 euros, la mínima, la sanción por dicha infracción.

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 parcialmente el recurso interpuesto por D. A.P.M. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 18-9-2007 que impuso a la recurrente la sanción de 601 euros y suspensión de un mes y un día de la licencia de apertura del bar B., sito en calle de Francisco de Vitoria, 27, por tres infracciones en relación con el 34.b de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre de Espectáculos Públicos de Aragón, acuerdo anular parcialmente la sanción, que queda reducida a 601 euros de multa, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.