

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN CLAUSURA TEMPORAL. BAR.

Indefensión inexistente ante el recurso de reposición.

Fijación de horario con límite inferior al de la Ley. Procedencia a través de Ordenanza. Pertenencia al Grupo II. Ausencia de prueba pericial y la documental no permite.

Proporcionalidad sanción. Existencia al ser zona saturada y comisión de infracción de ruido probada.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a dos de octubre de dos mil nueve.

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 83/2009-SECCION A/P seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D/ña. J., representado por la Procuradora Sra. H., bajo la dirección Letrada del Sr. H. y de otra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Sra. C. y defendido por el Letrado Sr. M. sobre SUSPENSION LICENCIA APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO "T." y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 24 de Febrero de 2009 se interpuso por D. J. recurso contencioso-administrativo contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA sobre la siguiente actuación:

Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 27 de Enero de 2009, recaída en expediente nº 671.621/2008 del Servicio de Disciplina Urbanística, Unidad Jurídica de Control de Actividades del Area de Urbanismo, por la que se resuelve imponer al recurrente D. J. en su calidad de titular de la actividad BAR denominado "T.", la sanción de 15 días de suspensión de la Licencia de Apertura.

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 27 de Abril de 2009 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada, abriendo el periodo de prueba y señalándose como trámite final del proceso el de conclusiones escritas.

CUARTO.- Que por la parte recurrente, se propusieron los medios de prueba que consideró necesarios y una vez declarados pertinentes, se llevaron a la práctica con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Que una vez abierto el periodo de conclusiones escritas por las

partes, presentaron sus respectivos escritos que consta unidos a las presentes actuaciones.

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 de 27-1-2009 que impuso a la recurrente una sanción de cierre de 15 días por infracción del art. 48.j de la Ley 11/2005 de la CA de Aragón, al haber permanecido la "T." en la calle Los Viejos, 6 fuera del horario de apertura y con la música funcionando.

Se alega indefensión por falta de notificación en forma, inexistencia del hecho, inexistencia de culpabilidad y desproporción en la sanción.

SEGUNDO.- Con relación a la indefensión, se alega que se incumplió lo previsto en el art. 59 de la Ley 30/1992, ya que sólo se intentó una notificación, acudiéndose seguidamente a los edictos al estar cerrado el establecimiento como consecuencia de una anterior sanción por cierre, impuesta al titular, anterior, cierre que tuvo lugar en las fechas en que se estaba intentando notificar.

Efectivamente existe la infracción del citado precepto, ya que conociendo el domicilio del titular en la calle Santa Orosia, 14, el cual constaba tanto en la denuncia como en el expediente de licencia, y sabiendo que no se podía notificar en el local, debió de acudir al mismo, pues el 59.2 admite, cuando no es posible notificar en el domicilio señalado, notificar en cualquier lugar adecuado a tal fin. Cierto es que se refiere a los expedientes, pero dadas las circunstancias, habría sido perfectamente lógico, y desde luego más garantizador, hacerlo en el domicilio.

No obstante, tal defecto no es suficiente como para producir la nulidad del procedimiento, ya que el 63.2 de la Ley 30/1992 exige que se haya producido indefensión, y no hay tal cuando al final se ha tenido conocimiento de la resolución y se ha dejado de empear los medios al alcance, como por ejemplo el recurso de reposición, en el que la parte podría haber presentado sus argumentos ante el Ayuntamiento, sin necesidad, de momento, de acudir a la vía judicial.

TERCERO.- Dice no haberse cometido la infracción por cuanto se estaría ante la categoría de "III.2 Bares con equipo de música y pubs", según la categoría establecida por el D 220/2006 de 7 de noviembre que establece el Catálogo, de establecimientos.

Tal cuestión ya se ha resuelto en otros procedimientos, entre ellos el 414/2008, en el cual se dijo lo siguiente: **"SEGUNDO- El recurrente entiende que al bar con equipo de música -nadie discute que tenga equipo de música, ni en las resoluciones recurridas ni en la licencia, que rectificó el error inicial, folio 13-, denominado "E." en Maestro de Luna, 10, le corresponde la clasificación que fija el D 220/2006 de desarrollo de la ley autonómica 11/2005 de espectáculos públicos, lo cual no se discute por el Ayuntamiento. En concreto, este Decreto fija "III. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Son establecimientos públicos aquellos locales, cerrados o abiertos, de pública concurrencia, en los que se consumen productos o se reciben servicios por los clientes con fines de ocio, entretenimiento y diversión, se realicen o no en ellos espectáculos públicos o actividades recreativas, que estén debidamente autorizados por los municipios, encontrándose entre otros los siguientes:**

III.2. BARES CON MÚSICA Y PUBS. Establecimientos que, sin disponer de escenario ni pista de baile, combinen en su interior la actividad de bar con un ambiente musical, a través de amenización o ambientación musical, pudiendo superar el límite acústico de 75 decibelios y sin rebasar el que se establezca en las pertinentes licencias de funcionamiento o determine la legislación sobre el ruido".

Según el recurrente, se le aplicarían los horarios previstos para los pubs y bares con música en la ley 11/2005, en concreto en el art. 34, que dice **"I. 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.

Ante todo ello, considera que la limitación horaria fijada por la Ordenanza de Distancias Mínimas, publicada en BOP el 17-11-2006, destinada a fijar distancias mínimas, regular zonas saturadas y fijar restricciones horarias, no le debe de afectar por haberse de encuadrar en el punto III.2 del nuevo catálogo al tener un equipo superior a 75 dBA, en concreto, folio 45 del último expediente, 90,1 dBA.

CUARTO- Frente a ello, el Ayuntamiento considera que es posible la restricción horaria, según lo dicho por el art. 10.d, que dice “Corresponde a los Municipios, de conformidad con lo establecido en esta Ley: (...) d) El establecimiento de prohibiciones, limitaciones o restricciones en zonas urbanas mediante el planeamiento urbanístico o las ordenanzas y reglamentos municipales respecto de la instalación, apertura y ampliación de licencia de los establecimientos públicos sometidos al ámbito de la presente Ley, de acuerdo con lo establecido en la misma y en el resto del ordenamiento jurídico aplicable”. No niega tal posibilidad la recurrente, pero sí niega que pueda ser en sentido restrictivo.

Al contrario de lo defendido por el recurrente, resulta evidente que los horarios establecidos en el art. 34 son máximos, y ello por un lado porque en el art. 10.d se dice que se pueden establecer restricciones y por otro porque el 35.1 dice que ***“En cada Municipio, dentro de los límites horarios generales establecidos en esta Ley, el horario de apertura y cierre de los establecimientos públicos se establecerá por el Ayuntamiento, previo trámite de información pública”***, por lo que es evidente que cuando se dice “dentro” es sin exceder los límites máximos, es decir, la regulación siempre será “por debajo” de tal límite.

Por tanto, los municipios pueden fijar límites inferiores, y pueden hacerlo bien con carácter general, bien atendiendo a determinadas zonas o a determinadas épocas o a determinados tipos de locales.

QUINTO- En aplicación de tal facultad de restricción la Ordenanza dice “1. Estarán sujetos a esta Ordenanza los lugares, recintos, instalaciones o establecimientos destinados a espectáculos y actividades recreativas, regulados en la Ley 11/2005, que se especifican en el apartado siguiente.

2. Los establecimientos y las actividades contemplados por esta Ordenanza se delimitan clasificándose en los siguientes grupos, al objeto de aglutinar aquellas actividades y establecimientos a las que se les atribuye un régimen jurídico semejante, atendiendo a su inclusión en el catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, de la comunidad autónoma:

Grupo 1:

a) Establecimientos sin equipo musical o con una ambientación musical cuyo nivel de emisión sea inferior a 75 dB (A), y estén dedicados a la actividad de

restauración en cualquiera de sus variantes.

b) Establecimientos con equipo musical cuyo nivel de emisión sea inferior a 85 dB (A) de acuerdo con lo establecido en la resolución de Alcaldía de fecha 26 de mayo de 2006.

Su horario de apertura será a las 6.00 horas y el de cierre a la 1.30 horas de la madrugada, con la ampliación en una hora en el horario de cierre los viernes, sábados y vísperas de festivo. Cumplido el horario de cierre, los establecimientos dispondrán de un máximo de media hora para el desalojo de la clientela, tiempo durante el cual no podrá emitirse música ni servir consumiciones. Si el establecimiento cuenta con equipo musical autorizado su funcionamiento comenzará a partir de las 12.00 horas del mediodía.

Ambos horarios, de actividad y de emisión del equipo musical, rigen para todas las actividades y establecimientos a los que no se les hayan establecido otras limitaciones adicionales, atendiendo al aislamiento acústico acreditado, de conformidad con la Ordenanza municipal de protección contra ruidos y vibraciones de 2001 (art. 32.1 a) y 32.1.º b).

Grupo II:

Establecimientos con equipo de música y nivel de emisión superior a 85 dB (A) que no ejercen la actividad de restauración en cualquiera de sus variantes. Su horario de apertura será a las 12.00 horas del mediodía y el de cierre a la 3.30 horas de la madrugada, con la ampliación en una hora en el horario de cierre los viernes, sábados y vísperas de festivo. Cumplido el horario de cierre, los establecimientos dispondrán de un máximo de media hora para el desalojo de la clientela, tiempo durante el cual no podrá emitirse música ni servir consumiciones. En relación con su aislamiento acústico deberán garantizar el contemplado en el apartado c) del artículo 32.1 de la Ordenanza municipal de protección contra ruidos y vibraciones de 2001.”

El Ayuntamiento considera que por ser del III.1 del Catálogo debe de incluirse en el grupo 1 de la OMDM, considerando por el contrario el recurrente que por ser del grupo III.2 del Catálogo, debe de incluirse II de la OMDM, ya que su aislamiento permite una emisión de ruidos de hasta 90 decibelios.

Pues bien, en relación con lo anterior, hay que decir que el hecho de tener condiciones para pertenecer a una u otra categoría, en este caso la hipotética capacidad de ser incluido en el grupo II, no implica tener derecho al horario del mismo, ya que la OMDM regula no sólo las categorías en función de unos requisitos objetivos, sino también unos límites de distancias así como en el número de cada tipo de bares, de modo tal que puede tener condiciones para obtener, una licencia del grupo II, por ejemplo, pero no concederse la licencia si no cumple las distancias del artículo 5 o excede del máximo permitido en zonas saturadas, conforme al art. 15. Por ello, no puede pretenderse con base en un ajuste normativo con cambio de denominaciones, obtener un derecho, caso el reconocimiento de pertenencia al grupo I, sin pasar por la ampliación o cambio del tipo de licencia que se regula en el art. 12, y soslayando con ello la OMDM.

Por otro lado, tampoco ha demostrado -tampoco es que lo neguemos, pues no ha habido prueba y la documental no permite, sin el apoyo de un perito que lo interprete, afirmar una cosa u otra- que cumpla los requisitos del art. 2 de la Ordenanza en relación al grupo II, el cual exige que cuente con un aislamiento acústico concreto, el del art. 32.1.c de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones, el cual debe de ser de 63 dB (con D125 mínimo de 57dB) para las actividades con equipo de música o que desarrollen actividades musicales y de 36 dB (con D125 mínimo de 30 dB) en la fachada.

En todo caso, siempre puede pedir una modificación de la licencia y, si lo permite la saturación de la zona, obtener el reconocimiento que ahora pretende. Si pese a reunir los requisitos objetivos el local no se le concede, será la mejor evidencia de que lo que ahora pretende es soslayar el obstáculo de las distancias mínimas.”

En el caso presente, se trata de un bar de categoría 1 según la OMDM, sin que, como ocurría en el caso citado, el hecho de que pueda poseer el aislamiento exigido para la Categoría 2 de la OMDM -cosa que ni se afirma ni se niega, por no ser preciso entrar en ella- le confiera un derecho a pertenecer a la II, pues ello en su

caso le daría derecho a solicitar el cambio de categoría, que dependería también de otros requisitos como la distancias mínimas. El horario, por tanto, era hasta la 1,30 horas, ampliable hasta las 2,30 en víspera de festivo, mientras que aquí estaba abierto a las 2,47, sin que se pueda amparar en la media hora de cierre, que exige estar con la música apagada. En el caso presente no sólo no se estaba con la música apagada a esa hora, indicativo de que no se estaba cerrando, sino que se da la circunstancia de que la misma, según la licencia, se debe de apagar a las 23 horas.

CUARTO.- Respecto de la culpabilidad, se alega que se le notificó el cambio de licencia de apertura, en el que se decía que podía estar hasta las 2,30, y en festivos hasta las 3,30, lo que parece un claro error, contradictorio con la categoría 1 . Ello le habría amparado si tal licencia se le hubiese notificado antes de la denuncia, que tuvo lugar el 17-5-2008, pero no cuando tuvo lugar después, al estar fechada el 2-7-2008, no pudiendo haber una “putatividad retrospectiva”, pues el documento que podía haberle inducido a error no existía todavía.

QUINTO.- Finalmente, con relación a la desproporción, debe de rechazarse. Se debe partir de que se puede imponer una sanción pecuniaria de 601 a 30.000 euros, suspensión de la actividad o clausura del local de hasta seis meses e inhabilitación de hasta seis meses, habiéndose impuesto un cierre de 15 días únicamente.

Se aplica como criterios agravantes la intencionalidad, el que sea zona saturada, lo que entra dentro de la naturaleza de la infracción, 52.c y que se ejercía con la música en funcionamiento, que atiende también a la naturaleza. En cuanto a lo primero, es cierto que la sanción precedente se había impuesto al anterior propietario, pero sin duda conocía el recurrente de su existencia y tenía que conocer las condiciones de la licencia. En cuanto a la zona saturada, es claro que no se molesta igual en zonas no saturadas, en las que hay pocos establecimientos, que en zonas en las que hay muchos y en los que cualquier exceso se convierte ya en insoportable. Finalmente, en cuanto a que se ejercía con música, no sólo es cierto, sino que se ha actuado de forma benigna, pues esto podría haber sido constitutivo de otra infracción, la del 28.3.b de la Ley 37/2003 del Ruido, que considera infracción grave “*b) El incumplimiento de las condiciones establecidas en materia de contaminación acústica, en la autorización ambiental integrada, en la autorización o aprobación del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental, en la licencia de actividades clasificadas o en otras figuras de intervención administrativa, cuando no se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente ni se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas*”. Ante todo ello, los quince días de suspensión son plenamente ajustados a derecho.

Por todo ello, procede desestimar en su totalidad el recurso.

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 D. J. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 27-1-2009 que impuso a la recurrente una sanción de cierre de 15 días por infracción del art. 48.j de la Ley 11/2005 de la CA de Aragón, al haber permanecido la “T.” en la calle Los Viejos, 6 fuera del horario de apertura y con la música funcionando, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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