

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN. SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LICENCIA DE APERTURA. BAR.

Anulación Ordenanza municipal.

Cobertura de la infracción en la Ley.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a veinte de Diciembre 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 Abreviado Nº 171/2011-AT seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una. como recurrente C.H.,S.L., representada por la Procuradora Dña. T.G.R. y defendida por el Letrado D. E.P.L., y de otra el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Dña. S.S.S. y defendido por el Letrado D. C.G.P.; sobre sanción por la comisión de infracción grave tipificada en el art. 48 apartado J de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la representación procesal de C.H.,S.L., con fecha 25-4-2011, se presentó demanda en la que, tras alegar los hechos que estimó oportunos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminaba suplicando que, tras los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que se acuerde estimar su solicitud formulada contra la siguiente actuación administrativa:

Desestimación presunta por inactividad de la Administración del recurso de reposición interpuesto en fecha 26 de enero de 2011, contra la resolución del Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 20 de diciembre de 2010, que resuelve imponer a C.H.,S.L. en calidad de titular de la actividad de Bar-Restaurante denominada G.C.Z., sita en Coso C.C. Puerta Cinegia, local, la sanción de 900 euros, al implicar los hechos denunciados la comisión de infracción GRAVE tipificada en el art. 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, en concordancia con lo previsto en el artículo 34 del citado cuerpo legal y el 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 del establecimiento. Expediente Servicio Disciplina Urbanística nº 885.640/2010.

Admitida la solicitud, la cual se tramitó según las normas establecidas para el Procedimiento Abreviado (art.78 LJCA), se citó a las partes para la celebración de juicio oral, solicitando a la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente solicitado, se dio traslado del mismo a la parte recurrente a fin de que pudiera instruirse para hacer alegaciones en el acto del juicio, habiéndolo hecho y devolviendo el expediente, el cual quedó unido a Autos.

Celebrándose con fecha 19 de diciembre de 2011, juicio oral, conforme puede verse en los Autos, y quedando los mismos vistos para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución desestimatoria presunta del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que confirmó la de 20-12-2010 que impuso a la recurrente la sanción de 900 euros y suspensión de un mes y un día de la licencia de apertura del Gran Café Zaragoza, en Coso, por estar abierto el sábado 17-4-2010 a las 4 horas, el sábado 19-6-2010 a las 3,50, el sábado 28-8-2010 a las 3,50 y el sábado 4-9-2010 a las 3,20 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, que ha sido anulada por el TSJA.

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 aplicar tal OMDM con carácter restrictivo. La Ley dice que los bares con música deben 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, guisquerías, 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”.

Dicho lo anterior, resulta que en el caso presente no nos encontramos, como por ejemplo en el PO 455/2007, o en el PO 476/2007, Sentencia de 16-9-2011 aportada por la parte, con un bar con equipo de música al que se pretende imponer el cierre a la 1,30 con base en una OMDM anulada y soslayando que el art. 34.1 lo incluye, sea llamado bar con equipo de música o pub, en el párrafo b), con límite general de cierre, párrafo c), de las 3,30 horas, los cuales, por otro lado, no pueden abrir antes de las 6 horas, sino ante un bar-restaurante con equipo musical al que, en función de tal condición, se le concedió la licencia de funcionamiento con apertura de 6 a 1,30. El mismo lo que pretende es mantener la clasificación del 34.1.a), que le permite abrir a las 6 horas, a la vez que obtener los beneficios de la del 34.1.b), cerrando a las 3,30 que permite el párrafo c), pero abriendo a las 6 en lugar de a las 12, como le permite el a), con lo cual pretende tener dos licencias en una, que le permitirían cerrar sólo 2,30 horas en horario general. Pues bien, tal pretensión no tiene apoyo ninguno en la Ley, y si lo que pretende es cerrar a las 3,30, o tendrá que pedir ampliar la licencia de bar-restaurante a una segunda licencia de pub o bien tendrá que pedir la segunda y renunciar a la primera. Con su clasificación y licencia actual, no puede acogerse para la apertura al párrafo a) del 34.1 de la Ley y para el cierre al párrafo c), que regula el cierre de los establecimientos del b).

Ante ello, siendo evidente que se infringió el horario, procede desestimar el recurso y confirmar 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 debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por C.H.S.L. contra la resolución desestimatoria presunta del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que confirmó la de 20-12-2010 que impuso a la recurrente la sanción de 900 euros y suspensión de un mes y un día de la licencia de apertura del Gran Café Zaragoza, en Coso, por estar abierto el sábado 17-4-2010 a las 4 horas, el sábado 19-6-2010 a las 3,50, el sábado 28-8-2010 a las 3,50 y el sábado 4-9-2010 a las 3,20 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, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.