

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

EXPEDIENTE SANCIONADOR. INCUMPLIMIENTO DE HORARIO.

Sanción procedente.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En Zaragoza, a veintidós de Diciembre 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 Abreviado nº 159/10-A/P seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente D. E.H.S., representada por el Procurador Sr. G.M., bajo la dirección Letrada de la Sra. H.M. y de otra el Excmo. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora Sra. C.A. y defendido por el Letrado Sr. M.M., sobre sanción por incumplimiento de horario de apertura. Y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por D. E.H.S. 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: *Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 2 de Febrero de 2010, que desestima el recurso de reposición interpuesto por el recurrente D. E.H.S. contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia de fecha 25 de Septiembre de 2008, por el que se acordaba imponer al recurrente una sanción de 1.200,00 € por la supuesta comisión de una infracción administrativa grave por el incumplimiento del horario de apertura y cierre de la actividad de bar denominada C. sito en la C/ Contamina nº 5 de Zaragoza.*

Admitida la solicitud, la cual se tramita según las normas establecidas para el Procedimiento Abreviado (art. 78 LJCA), se cito 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 20 de Diciembre de dos mil diez 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 las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 2-2-2010 que confirmó la de 25-9-2008 que impuso al recurrente una sanción de 1.200 euros por tener abierto el bar C., en la calle Contamina, 5, a las 4,55 horas del 8-3-2008.

Se alega la nulidad de la OMDM en que se basó la sanción; la falta de motivación, que la licencia le permite cerrar como los pubs, al tener aislamiento de 85 dbA, así como desproporción.

SEGUNDO.- Efectivamente, la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas fue anulada, aunque por motivos formales, por la STSJ de 20-1-2010, al parecer

pendiente de casación. No obstante, ello es irrelevante, ya que, con independencia del efecto erga omnes que tenga o deje de tener la sentencia recurrida en casación, recurso que tampoco consta, la realidad es que aunque no se tenga en cuenta la OMDM, por la simple aplicación de la Ley 11/2005 se habría de imponer la sanción, como ahora se verá, no teniendo fundamento alguno la alegación de que como se basa en la OMDM, no puede sancionarse por la Ley 11/2005, en primer lugar porque esta es también mencionada en la resolución sancionadora, y en segundo lugar porque aún cuando no fuese así, el ordenamiento jurídico actúa como un sistema completo, de modo tal que la anulación de una norma reglamentaria es suplida por la norma superior si esta contiene determinaciones suficientes como para su aplicación directa, y en este caso las tiene, aunque es menos restrictiva que la OMDM, ya que la Ley establece un marco amplio y una posibilidad municipal de restringir horarios por tipos de establecimientos o zonas.

En efecto, en cuanto a la aplicación de la Ley 11/2005, ya hubo múltiples sentencias en las que se dijo que era de directa aplicación para fijar horarios en defecto de norma reglamentaria o cuando la misma había quedado derogada tácitamente por la Ley 11/2005.

TERCERO.- En efecto, dicha Ley estableció, en los arts. 34 y 35, la siguiente regulación horaria: “*Artículo 34. Horario de los establecimientos.*

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 mas 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.

2. Los límites horarios de casinos de juego, salas de bingo, hipódromos y canódromos así como sus respectivos complementarios, serán los establecidos en su normativa específica.

3. La Dirección General competente podrá autorizar horarios especiales para los establecimientos de hostelería y restauración situados en áreas de servicio de carreteras, aeropuertos estaciones de ferrocarril y autobuses, hospitales o destinados al servicio de trabajadores de horario nocturno, prohibiéndose en todo caso fuera de los límites horarios generales el consumo y la expedición de bebidas alcohólicas y la música. Dichas autorizaciones serán notificadas a los vecinos de las zonas que tendrán derecho a realizar alegaciones.

4. No quedarán sometidos a las limitaciones horarias que se establecen en los párrafos precedentes aquellos establecimientos hosteleros donde se lleven a cabo celebraciones de carácter familiar que no sean de pública concurrencia estableciéndose en estos casos el límite horario de cierre de las cuatro horas y treinta minutos de la madrugada sin perjuicio de que, en el caso de llevarse a cabo en dichos establecimientos otro tipo de actividades, éstas queden sometidas a la normativa general.

“Artículo 35. Competencia municipal sobre horarios.

1. 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.

2. En los Municipios que no hayan hecho uso de la facultad que se les reconoce en el párrafo anterior se aplicarán supletoriamente los límites horarios generales establecidos en esta Ley.

3. Los Municipios tendrán en cuenta en la fijación de los horarios al menos, los siguientes extremos: tipo de establecimientos públicos, estación del año, distinción entre días laborables y vísperas de festivos o festivos, niveles acústicos en celebraciones al aire libre y condiciones de insonorización en locales cerrados emplazamiento en zonas residenciales y no residenciales urbanas o en las cercanías de hospitales o residencias de ancianos.

4. Con carácter excepcional, y atendiendo a las peculiaridades de las poblaciones, condiciones de insonorización afluencia turística o duración de los espectáculos los respectivos Municipios pueden autorizar ampliaciones de los límites horarios generales con motivo de fiestas locales y navideñas.

5. Con carácter excepcional, y atendiendo a las peculiaridades de las poblaciones condiciones de insonorización, alejamiento de las zonas residenciales y calificación urbanística los respectivos municipios pueden declarar zonas de ocio donde los horarios de apertura y cierre podrán superar los límites generales previstos en esta Ley.

6. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la normativa estatal autonómica o municipal en materia de contaminación ambiental y acústica”.

El bar objeto de la sanción es un bar con música, con lo cual, si se tiene por inexistente la regulación municipal que restringe el horario -extremo del que no tenemos la seguridad, al no constar si hay recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento ni si se ha pedido la ejecución provisional de la sentencia conforme al art. 91 LJCA- el horario máximo de apertura sería para este establecimiento el de las 3,30 horas, las 4,30 en las noches de viernes a sábado, y de sábado a domingo , así como las noches de inicio del festivo, ya que ante la defectuosa dicción literal hubo una serie de discrepancias interpretativas, que se resolvieron con 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, en la que dicho tribunal fijo 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 limite 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 víspera de festivo y este último, quedando excluida la noche de jueves a viernes, así como la noche que transcurre desde el día anterior al de víspera de festivo al propio día víspera de festivo.”

Como el 8-3-2008 era madrugada del viernes al sábado, el horario sería el de 4,30 horas, más media hora para el cierre.

Ahora bien, el cierre y desalojo no es una situación normal de apertura, sino el tiempo necesario para que la gente, de forma ordenada y pacífica, vaya abandonando el local. Esto se suele hacer, como cualquiera puede comprobar, apagando la música, encendiendo las luces, bajando algo las persianas, abriendo las puertas, y dejando de servir, quedando únicamente las consumiciones ya servidas. En el caso presente había unas veinte personas, pero el equipo de música estaba funcionando y los camareros sirviendo. Tales datos, constatados por los agentes actuantes, no han sido combatidos por el recurrente, que se ha limitado a negarlos. En consecuencia, se incurrió en la conducta infractora, incluso en el caso de que no pueda aplicarse la OMDM publicada en BOP el 17-11-2006, dato por el cual no es necesario pedir certificado de si ha sido recurrida la sentencia citada en casación o si se ha pedido la ejecución provisional. Con todo ello se desestima tanto la primera como la tercera alegación reseñadas.

CUARTO.- Con relación a la falta de motivación, el TC ha establecido, con

relación a las sentencias judiciales, con las que debe ser, lógicamente, más riguroso que con las resoluciones administrativas, que lo esencial es que se conozcan los hechos y las normas jurídicas en las que se basan para emitir sus resoluciones, permitiendo saber al interesado el por que de la resolución (STC 184/95 y 47/98) autorizando incluso la motivación por remisión a la sentencia de instancia, lo cual permitiría, en lejano paralelismo, remitir por la resolución sancionadora a la denuncia o a resoluciones anteriores, por lo cual, a efectos del ejercicio de la defensa, basta con que se haya podido alegar y argumentar, aunque después no se hayan contestado pormenorizadamente las diversas alegaciones, siempre que se permita con la resolución conocer el hecho que se sanciona y la sanción que se impone por tal hecho.

Trasladado lo anterior a nuestro caso, resulta que consta el lugar, el hecho que se imputa, el precepto infringido y la sanción que se va a imponer, con lo cual el recurrente puede haber ejercido plenamente su defensa. Por otro lado, el TS, en relación a la materia de extranjeros, y como se ha dicho muchas veces, ha venido aceptando la motivación con base a los datos contenidos en el expediente, STS 28-11-2008, por lo que cualquier posible insuficiencia quedaba plenamente completada o suplida con el mismo.

QUINTO.- Respecto de la falta de motivación en la sanción, siendo una infracción grave del art. 48.j, se podrían haber impuesto las siguientes sanciones: “2. *Las infracciones graves podrán ser sancionadas alternativa o acumulativamente con:*

- a) *Multa de 601 a 30.000 euros y acumulativamente hasta 300.000 euros.*
- b) *Suspensión o prohibición de la actividad por un período máximo de seis meses.*
- c) *Clausura del local o establecimiento por un periodo máximo de seis meses.*
- d) *Inhabilitación para la organización o promoción de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas o la titularidad de establecimientos públicos por un periodo máximo de seis meses»*, con lo cual, si aplicásemos, como es habitual en el procedimiento sancionador, un grado mínimo, medio y máximo, resultaría que el grado mínimo iría de 601 a 9.800 euros, con lo cual 1.200 euros está incluso dentro del mínimo del mínimo, si aquel lo dividiésemos en otros tres grados, además de que no se ha impuesto acumulativamente ninguna otra sanción, de todo lo cual se concluye que no es necesaria argumentación específica alguna para justificar una sanción que estaría dentro de dicho mínimo del mínimo y no lleva ninguna otra acumulada.

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. E.H.S. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 2-2-2010 que confirmó la de 25-9-2008 que impuso al recurrente una sanción de 1.200 euros por tener abierto el bar C., en la calle Contamina, 5, a las 4,55 horas del 8-3-2008, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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