

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN PECUNIARIA. BAR CON EQUIPO MUSICAL. SUSPENSIÓN DE LA LICENCIA DE APERTURA.

Infracción administrativa por exceder del horario.

Necesidad de obtención previa de licencia urbanística de funcionamiento del bar para solicitar la licencia de apertura del establecimiento.

Improcedencia de alegar en el recurso pretensiones nuevas no alegadas en vía administrativa.

Sanción proporcionada ab initio. Respeto del principio de contradicción procesal al considerar improcedente alegar infracción del principio de proporcionalidad en el escrito de conclusiones cuando no se alegó en el escrito de demanda.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis-Carlos Martín Osante

En la ciudad de Zaragoza, a nueve de diciembre de 2008.

Vistos por mí, D. LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes Autos de Procedimiento Ordinario nº 170/08, seguidos a instancia de D.,S.L., representado por el Procurador Dª M.B.L. y asistido por el Abogado Dª C.Y.D., contra la resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 8/4/2008 por la que se impone, en calidad de titular del establecimiento "T." (C/ Eduardo Dato, Zaragoza), la sanción administrativa de 601 € y de un mes y un día de suspensión de la licencia de apertura por infracción administrativa del art. 48.d de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma; expedientes administrativos nº 975.789/07; 1.193.368/07 y 970.604/07, representada por el Procurador Dª N.C.A. y asistido por el Abogado Dª M.J.P.S.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición se formuló recurso contencioso-administrativo por parte de D.,S.L., frente a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 8/4/2008 por la que se impone, en calidad de titular, del establecimiento "T." (C/ Eduardo Dato, Zaragoza), la apertura por infracción administrativa de 601 € y de un mes y un día de suspensión de la licencia de apertura por infracción administrativa del art. 48.j de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma; expedientes administrativos nº 975.789/07; 1.193.368/07 y 970.604/07.

Mediante Auto dictado con fecha 17/4/2008 se estimó la petición de medidas cautelares formuladas mediante otro sí digo del escrito interposición del recurso contencioso administrativo. Mediante Auto dictado con fecha 14/5/2008 se ratificaron las medidas cautelares de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

SEGUNDO.- Mediante Providencia se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración, del que se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

TERCERO.- Mediante Auto se fijó la cuantía del presente procedimiento y se recibió el proceso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en Autos.

Una vez formuladas las conclusiones, quedó el juicio visto para Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se formula recurso contencioso-administrativo por parte de D.,S.L., frente a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 8/4/2008 por la que se impone la sanción administrativa de 601 € y de un mes y un día de suspensión de la licencia de apertura, en calidad de titular del establecimiento “T.” (C/ Eduardo Dato, Zaragoza), por infracción administrativa del art. 48.j de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma.

En el suplico de la demanda insta la nulidad de la resolución recurrida y de forma subsidiaria la anulabilidad por no ser conforme a derecho dejándola sin efecto, con expresa condena en costas a quien se oponga a la demanda con temeridad o mala fe.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa entendía el Ayuntamiento de Zaragoza que el establecimiento de la demandante “T.” debía calificarse como Bar de Grupo II con equipo musical, de la Ordenanza de Distancias Mínimas y por tanto, el horario de cierre que le correspondería era de 12 del mediodía a 3,30 de la madrugada, y los fines de semana podría prolongar ese horario hasta las 4,30 horas, con el añadido de la media hora de desalojo.

La infracción administrativa por la que se ha sancionado viene delimitada en el art. 48.j) de la Ley 11/2005 como el “incumplimiento del horario de apertura y cierre” del establecimiento.

Por la parte recurrente D.,S.L., no se han discutido los hechos, sino que se alega una cuestión jurídica, en el sentido, de que tenía licencia de apertura de discoteca y que era aplicable la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma, junto con el propio Decreto 220/2006, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Con carácter previo hay que tener en cuenta que la Ley 11/2005 otorga la potestad para fijar los horarios, dentro de los límites indicados por esta Ley a los Ayuntamientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, que señala lo siguiente: *“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.”* Es obvio que la Ley fija un sistema, de máximos, que los Ayuntamientos pueden ir reduciendo conforme a las características de los municipios. Como consecuencia de esta autorización, el Ayuntamiento Zaragoza mediante la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas para actividades reguladas en la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOPZ de 17/11/2006) ha ejercitado esta facultad (que debe encuadrar con respecto a marco fijado por la referida Ley), siendo los horarios más estrictos en la mayoría de los casos.

Pues bien, es sabido que en el mencionado Grupo II se incluyen los *“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 las 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.” De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2. de la Ordenanza Municipal de distancias mínimas y zonas saturadas para actividades reguladas en la Ley 11/2005 de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En este caso, la licencia de apertura del titular del establecimiento “T.” concedida por el Ayuntamiento de Zaragoza (documento aportado por la parte recurrente con la demanda rectora de este proceso) era de Bar, con equipo musical. De esta forma, el establecimiento objeto del presente procedimiento queda integrado en el mencionado Grupo II.

En consecuencia, ante el hecho no controvertido de que el local se encontraba abierto y funcionando: el día 29/7/2007 a las 5,30 h.; el 6/8/2007 a las 5,03 h. de la madrugada; el 30/9/2007 a las 5,45 h. cabe concluir que efectivamente se produjo el hecho que motiva la infracción administrativa.

Efectivamente el Gobierno de Aragón mediante Decreto 220/2006, de 7 de noviembre, aprobó el Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón. No obstante, este catálogo tiene por finalidad la homogeneización y adecuación de las clasificaciones existentes a la realidad de los diferentes tipos de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos que aparecen en la sociedad, a fin de clarificar el panorama actual y facilitar la actuación de los municipios a la hora de conceder las preceptivas licencias de funcionamiento. No obstante, hay que tener en cuenta que se trata de una norma de rango inferior a la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma, y que es precisamente esta Ley la que otorga la competencia en materia de horarios, a los Ayuntamientos, que pueden efectuar disposiciones más restrictivas para los establecimientos públicos que las fijadas por la Ley y su derivado el Catálogo.

TERCERO.- Cabe añadir que la Sentencia de fecha 17/9/2008 dictada en el procedimiento ordinario 499/2007 de este mismo Juzgado, ha resuelto también la cuestión sobre la licencia del establecimiento en los siguientes términos que interesan a este procedimiento:

“La actora como ha quedado de manifiesto en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución no sólo no ha adquirido la licencia de Discoteca, por silencio administrativo, sino que la misma le fue expresamente denegada por Resolución de 19 de diciembre de 2006 del Gerente de Urbanismo, Servicio de Disciplina Urbanística, entre otras circunstancias porque solicitó la licencia de apertura careciendo de la previa licencia urbanística y en la petición de adecuación, la norma en cuya base se solicita, únicamente permite adecuar la licencia que la actora ya poseía, esto es la licencia de bar con equipo de música, a las categorías del catálogo pero en modo alguno obtener por esta vía, totalmente inadecuada, una licencia distinta y para distinta actividad.

La petición que se efectúa por la recurrente de que se le convierta en Discoteca sin haber presentado proyecto alguno, y sin justificar en lo más mínimo ante el Ayuntamiento que reúne los requisitos precisos para que se le conceda, entender hacerlo ahora en vía jurisdiccional como se ha dicho, carece de sentido, esto es la pretensión de la actora de conseguir mediante la solicitud de adecuación de licencia prevista en el Decreto 220/2006 de 7 de noviembre de constante referencia, ex novo una licencia para Discoteca, aprovechando dicha solicitud de adecuación para introducir marzo dicha pretensión, una vez más, pues ya lo había hecho previamente en fecha 6 de marzo 2006, habiéndosele denegado expresamente por la Administración, pese a que la recurrente sostenga haberla obtenido por silencio, cosa que por lo demás, si convencida estaba de ello ¿por qué consideró necesario volver a solicitarla en fecha 23 de mayo de 2007 junto con solicitud de adecuación?, pues bien todo ello carece justificación sin que sean admisibles como se ha dicho, manifestaciones que realiza ante el Juzgado sobre que reúne las condiciones acústicas adecuadas para ejercer la pretenda actividad ya que cualquier cuestión técnica debió esgrimirse ante el Ayuntamiento, dentro de una solicitud de licencia urbanística o de instalación para la actividad de Discoteca a la

que necesariamente hubieran debido acompañarse proyectos técnicos que acreditaran la idoneidad de instalación de tal clase.

En consecuencia con todo lo anterior resulta evidente, que el presente recurso y las argumentaciones en él esgrimidas por la recurrente carecen de toda justificación y de cualquier apoyo jurídico, por lo que deberá desestimarse.”

De todo ello se desprende que las alegaciones de la recurrente sobre la titularidad de una licencia para discoteca no son correctas.

CUARTO.- En el escrito de conclusiones se alega por la parte recurrente la infracción del principio de proporcionalidad. Debe hacerse notar que en la demanda rectora de este proceso no se hizo alusión alguna a esta cuestión, que de forma un tanto sorpresiva se ha incluido en el escrito de conclusiones sin que haya dado opción real al Ayuntamiento de Zaragoza para alegar y probar en su defensa, lo que impide entrar a analizar dichas peticiones, so pena de causa indefensión a la parte demandada. También porque de esa manera queda garantizado el principio de contradicción procesal y el de igualdad de partes. En cualquier caso, se puede afirmar de forma somera que es proporcionada “ab initio” la sanción impuesta si se tiene en cuenta que estamos hablando de que el incumplimiento de horarios se constató en tres ocasiones diferentes y espaciadas en el tiempo.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

QUINTO.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes, por apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas procesales (art. 139.1 LJCA).

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA procede recurso apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

FALLO

PRIMERO.- Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.,S.L., objeto del presente proceso.

SEGUNDO.- No procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

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