
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso nº 126/2012. Sentencia nº 477 (01-09-2015)

TEMA: ORDENANZAS MUNICIPALES

ORDENANZA DE DISTANCIAS MÍNIMAS Y ZONAS SATURADAS.

Objeto de recurso: art. 3.2 Ordenanza.

Horarios de apertura y cierre, competencia municipal, dentro de los fijados en la Ley 11/2005 de Espectáculos públicos.

La Ordenanza, lo que no hace la normativa autonómica, distingue dentro de los bares con música y pubs, los que superen 75 db y no más de 85 db y los que superen 85 db. Actuación municipal acorde con la normativa en vigor.

Actualmente, modificado, art. 33, Ley 2/2014. Debe respetarse el horario dentro de cada grupo de la normativa autonómica.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Juan-Carlos Zapata Híjar (*Ponente*)

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D. Juan José Carbonero Redondo

En Zaragoza, a 1 de septiembre de 2015, habiendo visto los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,...

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: la Asociación de Empresarios H. representado por la Procuradora D^a. T. y defendido por el Letrado D. G.

Demandado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a. S. y defendido por Letrado de sus servicios jurídicos D.^a M.

SEGUNDO.- Disposición recurrida:

Desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la Ordenanza municipal de Distancias Mínimas de 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.

TERCERO.- Procedimiento:

Interposición del recurso el 12 de junio de 2012.

Demanda el 27 de julio de 2012.

Contestación a la demanda el 3 de octubre de 2012.

Por Auto de 27 de noviembre de 2012 se inadmitió la prueba documental propuesta.

Conclusiones de la parte actora el 26 de diciembre de 2012.

Conclusiones de la Administración demandada el 17 de enero de 2013.

Por escrito de 30 de enero de 2014 se aportó al procedimiento informe de 2 de octubre de 2013 de la Jefe de Servicio de autorizaciones administrativas y sanciones de la Dirección General del Gobierno de Aragón y copia parcial de la Ley 2/2014 de 23 de enero de Medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón que modifica el art. 35 de la Ley 1/2005.

Se señaló para votación y fallo el día 9 de julio de 2015 tras el cual quedaron los autos conclusos y vistos para Sentencia.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte recurrente.

1. Estimación de la demanda y Nulidad de pleno derecho del art. 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, aprobada por el pleno del Ayuntamiento el 1 de octubre de 2010.

2. Imposición de las costas del proceso.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

1) El art. 34 de la Ley 11/2005 ya reseñada indica:

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.

Y en el art. 35.1 se indica:

Competencia municipal sobre horarios

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.

En el Catálogo de Establecimientos aprobado por Decreto 220/2006 del Gobierno de Aragón se definen como Bares con equipo musical aquellos “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”.

El art. 3 de la ordenanza aprobada y aquí recurrida establece:

Art. 3.º Actividades sujetas. 1. Estarán sujetos a esta Ordenanza los lugares, recintos, instalaciones o establecimientos destinados a espectáculos y actividades recreativas, regulados en la Ley 11/2005 y definidos por el catálogo, que se especifican en el apartado siguiente. 2. Los establecimientos y las actividades contempladas por esta Ordenanza se definen conforme a lo establecido por el catálogo del Gobierno de Aragón, con la determinación a cada uno de ellos de su horario de apertura y cierre (en ejercicio de la potestad atribuida a los municipios por el art. 35 de la Ley 11/2005). Así, en la actividad de hostelería, los establecimientos serán los siguientes: BARES Y CAFETERÍAS. III.1. ANEXO CATÁLOGO). Su horario de apertura será a las 6.00 horas y el de cierre a la 1 hora y 30 minutos 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 se podrá servir consumiciones. Este horario rige para los 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 b). BARES CON MÚSICA Y PUBS. (III. 2. ANEXO CATÁLOGO). A efectos de establecer el horario de funcionamiento, y en ejercicio de la potestad atribuida a los municipios por el

artículo 35 de la Ley 11/2005, de la Comunidad Autónoma de Aragón, dentro de este epígrafe se diferencian dos supuestos: a) Aquellos en cuyas licencias se autoriza un límite acústico superior a 75 db (A) pero menor o igual a 85 db (A), cuyo horario de apertura y cierre será a las 6.00 horas y 1 hora y 30 minutos de la madrugada, respectivamente. Se amplía en una hora el horario de cierre los viernes, sábados y vísperas de festivo. Igualmente, en todo caso, dispondrán de un máximo de media hora para el desalojo de la clientela, tiempo durante el cual no podrá emitirse música ni servir consumiciones. b) Aquellos en cuyas licencias se autoriza un límite acústico superior a 85 db (A) su horario de apertura será a las 12.00 horas del mediodía y el de cierre a las 3 horas y 30 minutos 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.

Este precepto ha sido modificado por Acuerdo plenario de 27 de marzo de 2015.

2) Como se alega la Ordenanza establece una diferenciación dentro de los Bares con música que corresponde al Anexo III.2 del Catálogo del Gobierno de Aragón, entre aquellos cuya licencia autoriza un límite acústico superior a 75 db e inferior a 85 db, que tienen un horario equivalente a los establecimientos del Anexo III.1 y aquellos autorizados a más de 85 db, que tienen el horario correspondiente a los bares con música correspondiente al art. 34 de la Ley. Según se refleja en el expediente y en la resolución que desestima las alegaciones, la subdivisión de este grupo obedece a que estos establecimientos los autorizados a emitir música de más de 75 db y menos de 85 db, se incorporaban en el Grupo I de la Ordenanza de distancias mínimas que no se sometían a la distancia de 150 metros de distancia entre estos establecimientos. Distancia a la que sí se sometían los establecimientos autorizados a emitir a más de 85 db, que estaban integrados en el anterior Grupo II. Para la Administración era necesario conservar esa diferenciación, debido a que habían sido concedidas licencias para establecimientos sin respetar las distancias mínimas, lo que desvirtúa el propio régimen o naturaleza de esta ordenanza y genera un efecto aditivo de molestias contrario al respeto al medio ambiente sonoro.

3) La Asociación actora no discute la competencia de los Ayuntamientos para fijar los horarios de los establecimientos públicos, pero indica que esos horarios no pueden saltarse las categorías establecidas en el Decreto del Gobierno de Aragón, dictado precisamente en desarrollo de la Ley. Si en ese Decreto se establece qué debe entenderse por Bares con equipo musical, todos ellos deben de tener el mismo horario. Tal y como está regulado el horario en la ordenanza determinados bares con equipo musical, los autorizados a emitir menos de 85 db, se equiparan a las cafeterías.

4) Alega de forma subsidiaria que la ordenanza vulnera el derecho comunitario y en concreto el art. 11 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que indica que no puede someterse a una distancia mínima la autorización para el ejercicio de una actividad, a no ser que esté basada en una razón imperiosa de interés general, no discriminatoria y proporcionada, que además debe de comunicarse a la Comisión Europea.

5) Pendiente para Sentencia se informó a la Sala de la nueva redacción del art. 35.1 de la Ley 11/2005, aprobada según se alega para evitar problemas interpretativos como los que han dado lugar al precepto de la Ordenanza aquí cuestionado y que dice:

En cada Municipio, el horario de apertura y cierre para cada uno de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos se establecerá por el Ayuntamiento, previo trámite de información pública, dentro de los límites horarios generales establecidos en esta ley y con idéntico tratamiento a la clasificación efectuada para cada uno de ellos en los epígrafes del Catálogo previsto en la presente ley.

SEXTO.- Pretensiones de la Administración demandada.

Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

1) La Administración no se opone a la admisión del recurso. Aunque es evidente que contra una disposición de carácter general no cabe recurso de reposición también lo es que se notificó con este pie de recurso y no se ha resuelto, por lo que de conformidad a la jurisprudencia del TC que se cita en demanda inadmitir el recurso, no habiendo resuelto el recurso vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

2) En cuanto al fondo alega la Administración que tiene competencia para el dictado de esta ordenanza que no vulnera ninguna de las normas de aplicación. En ningún la norma -antes de su reforma- se establecía que los horarios fijados por la Corporación tenían que someterse a los mismos Grupos fijados por el Decreto del Gobierno de Aragón. En este caso se encuentra justificada esta diferenciación, por lo que la norma era en el momento en que fue dictada conforme a derecho.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La conformidad a derecho del art. 3.2 de la Ordenanza, al establecer una subdivisión de los grupos de establecimientos del Decreto 226/2006, a los efectos de fijar los horarios de apertura y cierre.

Como se ha explicado con anterioridad la Asociación recurrente considera que es contrario a derecho la clasificación efectuada en la Ordenanza haciendo una subclasificación de los Bares con música y estableciendo un horario de apertura y cierre distinto, dependiendo de la diferente licencia concedida ya permitiese ésta emitir música por encima de 85 db, o por encima de 75 db hasta 85 db.

Vistas las alegaciones efectuadas este Tribunal considera que la concreta parte del precepto de la Ordenanza que se recurre a la vista de la normativa vigente en el momento que se aprobó no puede considerarse contrario a derecho.

En principio no podemos mantener que vulnerase la normativa de aplicación, la Ley 11/2005. Como es sabido el art. 35 de la citada norma decía: *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.*

Como se ve el precepto y en realidad toda la normativa parte de la competencia exclusiva del municipio para fijar los horarios de apertura y cierre, sólo está limitado por la norma a cumplir los horarios generales establecidos, pero evidentemente el Ayuntamiento con esa competencia general puede limitarlos. Y en ningún momento como dice la Administración, la norma le obligaba a seguir la categorización establecida por el Decreto de Aragón. O al menos no a seguirla de forma que no pudiera establecer diferentes horarios para establecimientos dentro del mismo grupo. No estando limitada esta competencia, ni esta posibilidad en la norma, no parece que el Ayuntamiento, vulnere norma alguna, si en uso de su competencia, considera que hay motivos para que exista diferencia de horario entre los distintos bares con equipo musical.

No vulnera el precepto cuestionado el principio de jerarquía normativa. Y dado que estamos ante una disposición de carácter general tampoco considera este Tribunal que el precepto vulnere algún otro principio general de aplicación, como pudiera ser la interdicción de la arbitrariedad, la falta de motivación o la falta de proporcionalidad, o desigualdad.

Hay justificación en el expediente, pues si existió un criterio distinto para conceder las licencias en base a los decibelios permitidos, y en base a ese criterio hay establecimientos que cumple la distancia mínima y otros no, parece lógico que exista también una diferenciación en los horarios de manera que sólo los establecimientos a los que se les autorizó emitir más de 85 db, puedan abrir con un horario más extenso. Desde luego es la interpretación más conforme con el cuidado al medio ambiente urbano. Si fueron distintos los requerimientos dados para conceder las licencias, este diferente horario no puede considerarse contrario a proporcionalidad o principio de igualdad alguno.

Cuestión distinta es que las Cortes de Aragón, hayan modificado la norma por el art. 33 de la Ley 2/2014 de 23 de enero de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón y ahora quiera limitar la competencia municipal de forma que solo puede regular los horarios respetando el mismo horario para cada

grupo. Esta modificación normativa a diferencia de lo que se sostiene por la demandante, justifica la desestimación del recurso, pues ha tenido que modificarse la norma para obligar a los Ayuntamientos a no hacer diferencias en el mismo grupo. Esta norma sí ha obligado -con posterioridad al recurso- a modificar la Ordenanza por acuerdo plenario de 27 de marzo de 2015.

SEGUNDO.- La vulneración del art. 11 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Según la Asociación recurrente dado que según este precepto de la denominada Ley Paraguas, no puede someterse ninguna autorización del ejercicio de una actividad al cumplimiento de una distancia mínima, el precepto cuestionado debe anularse.

Pues bien, no puede anularse el precepto a la vista del alegato efectuado, pues con indiferencia de la bondad o no del mismo lo cierto es que el objeto del presente proceso, lo que verdaderamente se impugna el artículo 3 de la Ordenanza, no es impedir actividad alguna, ni someterla a distancia mínima, el objeto del proceso es la fijación de un horario de apertura y cierre distinto para diferentes establecimientos. Lo que no vulnera normativa comunitaria alguna.

TERCERO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA, al haber sido desestimado el recurso se deben imponer las costas del mismo a la Asociación recurrente, con el límite por todo concepto de 1.500 euros.

FALLO

Desestimar el presente recurso N° 126/2012, y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar ser conforme a derecho la disposición recurrida.

SEGUNDO.- Hacer expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente con el límite aludido.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los limos Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. Jesús María Arias Juana, D^a. Isabel Zarzuela Ballester y D. Juan José Carbonero Redondo de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.