

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN URBANÍSTICA. CAFÉ-BAR. SUSPENSIÓN DE LA LICENCIA DE APERTURA.

Infracción grave. Exceso reiterado del horario permitido.

Apertura y desarrollo de la actividad en horario no autorizado.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza a 14 de abril de 2009, vistas las presentes actuaciones por Concepción Gimeno Gracia, Magistrada-juez de este Juzgado; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente P.Z., S.L, representado por la Procuradora Sra. D^a M.N.J. y defendido por el Letrado Sr. D. P.J.C.H.

Demandado Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Sra. D^a N.C.A. y defendido por el Letrado Sr. D. C.G.P.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Resolución de 6 de marzo de 2008, por la que se impone a F.H., S.L en calidad de titular de la actividad de Café Bar denominada D., sita en García Galdeano, Zoel, nº 4, la sanción de 3 meses de suspensión de la licencia de apertura, al implicar los hechos denunciados la comisión de infracción grave tipificada en el artículo 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.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte Sentencia por la que se estime la demanda, anule la sanción impuesta, y declare no ser conforme a derecho la misma.

CUARTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

Se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso en su integridad, por ser en un todo conforme con el Ordenamiento Jurídico la Resolución municipal impugnada, imponiendo las costas a la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mantiene la recurrente que la mercantil que antes explotaba las actividades autorizadas, F.H., S.L. con fecha 9 de marzo de 2006, vendió y transmitió a P.Z., S.L. el negocio de hostelería, cediéndose en el contrato de transmisión las licencias municipales, incluida la Licencia de Apertura. Añade que se formularon denuncias por la Policía Local por ejercicio de la actividad en las fechas y horarios que consigna, y mantiene que la denuncia más temprana es de las 8,00 horas de la mañana, denunciándose por horarios comprendidos entre las 8,00 de la mañana y las 10,35 de la misma, es decir, en horario de cafetería. Continúa manifestando que en el establecimiento se viene ejerciendo la actividad de Cafetería, y que dicha actividad consta autorizada por licencia que expresamente hace referencia a la actividad de Café, teniendo también autorizada la actividad de Bar con equipo musical -así consta, dice, en licencia otorgada en fecha 3 de septiembre de 1993-. Sigue señalando que a lo largo de todo el procedimiento administrativo, en todas las resoluciones adoptadas por la Administración, se hace referencia expresa a la actividad de Café

(acuerdo de incoación, propuesta de resolución, resolución...), que las notificaciones de los actos administrativos del procedimiento se han realizado siempre en horario de mañana, consciente la Administración de que el establecimiento ejerce como Cafetería, y que por ello entiende acreditado que tanto en la Licencia como en todos y cada uno de los actos administrativos dictados, consta expresamente que el establecimiento tiene autorizada la actividad de Café, por lo que debe concluirse que está autorizado para abrir en horario de mañana, todo ello sin perjuicio de que en el establecimiento pueda ejercerse también la actividad de Bar con equipo de Música, siempre que se respeten las horas de descanso establecidas en la Ley. La actora entiende que la Administración parte de una "confusión" ya que, establecimientos que desde hace más de una década se explotan con equipo de música autorizado, ahora el Ayuntamiento los está cerrando al considerarlos meros bares sin música, y por el contrario, en otros -como el que nos ocupa- en el que consta la actividad de café, se sanciona por ejercer como cafetería. Concluye manifestando su creencia absoluta en que pueden ejercer como Café, y por tanto la inexistencia de dolo o culpa en la actuación.

Tras ello y como específicos motivos de impugnación frente a la actuación recurrida, opone:

1- Infracción de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre del Gobierno de Aragón y Decreto 220/2006, de 7 de noviembre, de la que invoca específicamente su artículo 34 y del Decreto 220/2006, de 7 de noviembre.

2- Infracción del principio de culpabilidad (artículo 130.1 de la LRJAP y PAC), y del Derecho a la Presunción de Inocencia.

SEGUNDO.- Centra la recurrente el primero de los motivos de impugnación que mantiene, en el hecho de que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 220/2006, es en la licencia de funcionamiento donde debe constar la actividad o actividades a que vayan a ser dedicados los establecimientos. En este caso, sigue, en la Licencia otorgada en fecha 3 de septiembre de 1993, consta expresamente la actividad de "Café Bar, con equipo musical". En el catálogo, dice, aparecen la categoría de Café y Bar con equipo musical como dos actividades distintas, por lo tanto, no cabe la menor duda de que el establecimiento tiene autorizadas las dos actividades y que una vez que entró en vigor la Ley 11/2005 y Decreto 220/2006, se otorgó el plazo de un año al Ayuntamiento de Zaragoza para adecuar las licencias, de manera que, pasado este plazo, la Administración sigue considerando expresamente al establecimiento en todas sus resoluciones como Café-Bar con equipo de música. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, concluye, y Disposición Transitoria Primera del Decreto 220/2006, puede ejercer como Cafetería. Entender lo contrario en estos momentos, supondría que la Administración actuante iría contra sus propios actos y además dejar sin efecto la Ley y Catálogo aprobado por el Gobierno de Aragón. Concluye que una vez entró en vigor la Ley 11/2005, y el Decreto 220/2006, y pasado el plazo para que la Administración de oficio adecuase la licencia a las nuevas nomenclaturas (Disposición Transitoria Primera), la Administración sigue considerando expresamente al establecimiento en todas sus resoluciones como Café-Bar, con equipo de música, y por lo tanto puede ejercer como cafetería, actividad ésta para la que de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 11/2005, puede abrir a las seis de la mañana, encontrándose todos los horarios denunciados entre las 8 y las 10, permitidos para dicha actividad.

Por su parte, la Administración califica los hechos por los que sanciona como constitutivos de una infracción Grave, prevista en el artículo 48 apartado J, en concordancia con lo establecido en el artículo 34, letra b) de la Ley 11/2005, consistente en el exceso del horario permitido. Parte de entender que el horario que afecta al establecimiento de conformidad al artículo 34, reiteradamente aludido, es el de 12 horas del mediodía a 3:30 horas de la madrugada, salvo viernes, sábados y vísperas de festivos, que se amplía en una hora más y todos los días, en media hora para desalojo de la clientela, sin emisión musical, ni servir nuevas consumiciones. Concretamente la Administración se basa en denuncias de la Policía Local, de diferentes fechas dentro del año 2007, según las cuales el establecimiento habría incumplido los horarios:

1-el día 15 de julio de 2007, a las 10,35 horas,
2-el día 21 de julio de 2007, a las 09,30 horas,
3-el día 22 de julio de 2007, a las 09,20 horas,
4-el día 28 de julio de 2007, a las 09,05 horas,
5-el día 9 de septiembre de 2007, a las 08,15 horas,
6-el día 15 de septiembre de 2007, a las 08,00 horas,
7-el día 16 de septiembre de 2007, a las 08,55 horas,
8-el día 22 de septiembre de 2007, a las 08,15 horas,
9-el día 23 de septiembre de 2007, a las 08,10 horas,
10-el día 29 de septiembre de 2007, a las 08,20 horas,
11-el día 30 de septiembre de 2007, a las 08,35 horas,
12-el día 6 de octubre de 2007, a las 08,05 horas,
13-el día 7 de octubre de 2007, a las 08,00 horas,
14-el día 11 de octubre de 2007, a las 07,50 horas,
15-el día 12 de octubre de 2007, a las 09,15 horas,
16-el día 13 de octubre de 2007, a las 09,40 horas,
17-el día 20 de octubre de 2007, a las 08,45 horas,
18-el día 27 de octubre de 2007, a las 08,56 horas,
19-el día 28 de octubre de 2007, a las 08,30 horas,
20-el día 1 de noviembre de 2007, a las 08,20 horas,
21-el día 3 de noviembre de 2007, a las 9,20 horas,
22-el día 4 de noviembre de 2007, a las 08,55 horas,
23-el día 17 de noviembre de 2007, a las 08,32 horas,
24-el día 18 de noviembre de 2007, a las 08,40 horas,
25-el día 24 de noviembre de 2007, a las 09,00 horas,
26-el día 25 de noviembre de 2007, a las 08,50 horas,
27-el día 1 de diciembre de 2007, a las 09,10 horas,
28-el día 2 de diciembre de 2007, a las 08,30 horas,

A su vez, la representación y defensa del Ayuntamiento de Zaragoza mantiene que la recurrente es titular del establecimiento que nos ocupa, establecimiento -dice- destinado a café bar, denominado Dome y que el mismo ha sido denunciado por encontrarse ejerciendo la actividad de bar con equipo de música, fuera del horario autorizado para ello. Dicha representación mantiene que el establecimiento en cuestión tiene concedidas licencias urbanística y de apertura o funcionamiento, otorgadas por resoluciones municipales de 3-8-90 y 3-9-93, para la actividad de Café Bar Especial A, con equipo de música, clasificación que en la Ordenanza de Distancias Mínimas vigente en el momento en que se concedió la licencia, le incluía en su artículo 3.2, en el Grupo II; actividad ésta, dice, que por tanto y con arreglo al artículo 34 de la Ley 11/2005, en relación con el artículo 3, de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas, tiene establecido un horario de funcionamiento desde las 12 horas del mediodía hasta las 3,30 horas de la madrugada, con ampliación de una hora del horario de cierre los viernes, sábados y vísperas de festivos media hora más para desalojo de la clientela, sin servir consumiciones, ni funcionar el equipo de música. Dicha representación añade que la actora no está en posesión de dos licencias ni de una licencia doble como bar con equipo de música, (equiparable a la actual clasificación de Pub) y como cafetería, sino de una sola licencia que por haber sido concedida antes de la LEPA y del Decreto 220/2006, tiene una denominación distinta a la que ahora se establece, siendo evidente que su equiparación es exclusivamente con la categoría de bares con música y Pubs.

TERCERO.- El artículo 48.j) de la Ley 11/2005, establece:

"Artículo 48. Infracciones graves.

Se consideran infracciones graves:

..... j) El incumplimiento del horario de apertura y cierre."

Por su parte, el artículo 34, del mencionado texto legal establece:

"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) En 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.

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 aquéllos 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.”

Para resultar sancionada a la actora se le está aplicando el artículo 34.1 en su apartado b), partiendo de su calificación de bar con música, determinando por tanto para la misma que el horario de apertura no puede ser anterior al de las 12 de mediodía. De la documentación obrante en Autos (concretamente el documento número 9 de los aportados junto al escrito de interposición de la demanda) cabe concluir que la licencia que la recurrente ostenta en relación a la actividad que desarrolla en el establecimiento objeto de Autos, es de actividad de Café Bar, con equipo de música. Debemos mostrar nuestro acuerdo con la representación defensa de la Administración demandada, en que, al menos, lo que se acredita es que la licencia es única y como tal, autoriza para una sola actividad (Café Bar, con equipo de música). La propia denominación de la actividad que se autoriza -recordemos, única- excluye que la misma resulte clara y exclusivamente de cafetería (las que tienen este objeto se autodefinen y denominan como Cafés y Cafeterías), y deba entenderse como un “plus” respecto a dicha actividad. La esencia de la actividad, derivada de su propia denominación, es que, pueda servirse café o no, estamos ante un bar con equipo de música. Es de resaltar -nos llama la atención- que pueda entenderse acreditado que el establecimiento tiene “un portero” (algunas de las denuncias, fueron notificadas al mismo), ya que dicha figura no es nada habitual en un establecimiento meramente “cafetería”, abundando en nuestra conclusión sobre que la actividad autorizada y que realmente se desarrolla es la de “Bar con equipo de música”, lo que hoy entendemos habitualmente como Pub. Siendo esto así, la aplicación por la Administración del artículo 34.1.b de la Ley 11/2005 resulta

conforme y ajustada a Derecho, y por tanto y en principio, conforme la sanción impuesta, ya que las denuncias acreditan claramente la apertura y desarrollo de la actividad en horario no autorizado.

Debe en su consecuencia procederse a la desestimación del primero de los motivos de impugnación esgrimidos.

CUARTO.- Por último, la parte recurrente mantiene la falta de intervención culpable en los hechos y la vulneración del principio de presunción de inocencia.

El artículo 130 LRJAP y PAC, establece:

"Artículo 130. Responsabilidad.

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores."

Por su parte, el artículo 137 LRJAP y PAC, establece:

"Artículo 137. Presunción de inocencia.

1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien.

3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable."

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999, señala que la culpabilidad exigible en las infracciones administrativas, lo es en distintos términos que en el derecho penal, porque frente a lo limitado de los ilícitos penales, en el derecho administrativo sancionador, el repertorio de los ilícitos es inagotable y no puede sistematizarse en la interpretación de dicho concepto, ni exigirse a la persona el conocimiento de todo lo ilícito. Si se hiciera así, el derecho administrativo sancionador no existiría. Al movernos en el campo del derecho administrativo sancionador, debemos tener en cuenta que las normas -el ordenamiento jurídico- protege los intereses públicos, que han de situarse frente a las situaciones objetivas en que queda reflejada la infracción administrativa, porque las circunstancias objetivas concurrentes son relevantes (en el mismo sentido las Sentencias de 29 de abril de 1999, y 27 de mayo de 1999). También ayuda a esta postura, tal y como señala la Sentencia del TSJ de Andalucía de 29 de noviembre de 1999, el hecho de que la culpabilidad administrativa no exige una intención de dañar, sino una simple

inobservancia culpable.

Ya hemos dicho que la parte, niega cualquier intervención culpable en el asunto ciertamente, basta observar la argumentación del motivo de impugnación que se mantiene, para concluir que el mismo se muestra como infundado. El único fundamento que al respecto se mantiene por la actora es que los recurrentes están en la creencia absoluta de que tienen autorizada la actividad de café, y en ningún momento habrían actuado con dolo o culpa. Dicho esto, en autos no obran datos suficientes que puedan llevarnos a concluir que tal "creencia" (elemento subjetivo, ciertamente de difícil prueba) existiese, o al menos lo hiciese con sustento suficiente, de manera que pudiéramos hablar de un supuesto de "error invencible". Entendemos mas bien que el expediente administrativo viene a acreditar todo lo contrario, y que lo que el mismo refleja -a través del contenido de las denuncias que obran- es que lo que la actora desarrolla es claramente una actividad de "Pub" -que no de cafetería- utilizando el argumento de la confusión o creencia, como un motivo impugnatorio dirigido a atacar la presunción de legalidad y eficacia del acto administrativo impugnado, reiteramos, sin fundamento suficiente a tal efecto, a lo que cabe añadir que el mero hecho de que las denuncias sean bastante numerosas, resulta un dato suficiente para haber puesto a la actora sobre aviso, del error que mantiene, excluyendo una creencia no culpable, que nosotros no entendemos acreditada.

Para finalizar, tan sólo decir que la presunción de inocencia de cuya vulneración se queja la parte actora, resulta debida y suficientemente desvirtuada al amparo del contenido de las denuncias obrantes en Autos -en modo alguno puestas en entredicho en lo que se refiere a su propia existencia, vigencia y veracidad de su contenido- de conformidad con lo al respecto establecido en el artículo 137.3 LRJAP y PAC, arriba expuesto.

QUINTO.- No procede efectuar una especial imposición de las costas causadas por no apreciarse méritos a tal efecto de conformidad con lo establecido en el art.139 LJCA .

Vistos los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Desestimar el recurso contencioso-administrativo Procedimiento Ordinario 120/2008-BC, interpuesto por P.Z.,S.L., con la representación y defensa antes mencionada contra la resolución a la que se ha hecho referencia en los hechos de la presente resolución, y en su consecuencia:

PRIMERO.- Declarar conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida.

SEGUNDO.- No efectuar una expresa imposición de las costas causadas.

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