

SENTENCIA nº 187

En Oviedo, a diez de octubre de dos mil catorce.

La Ilma. Sra. D^a. Pilar Martínez Ceyanes, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Oviedo ha visto los presentes autos tramitados como **procedimiento abreviado nº 10/14** en el que son partes:

RECURRENTE: D. ,
representado por el Procurador D.
y asistido por el Letrado D.

DEMANDADA: EL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado por el
Procurador D. y asistido por
la Letrada D^a.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de enero de 2014, se presentó en el Juzgado Decano de Oviedo, demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, el recurrente terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la no conformidad contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 28 de octubre de 2013, expediente nº 1240-020081, que acuerda estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto en lo relativo a que de los cuatro supuestos conforme a los cuales se entendió que se había producido una infracción a las condiciones en que fue autorizada la terraza, únicamente consta acreditado para dos de ellos. En todo caso, ya sean 4 o 2 los momentos denunciados, lo cierto es que uno serviría para fundamentar el contenido de la resolución dictada, solicitando se declare la disconformidad a derecho de la resolución impugnada con nulidad o anulabilidad de dicho acto administrativo por infracción del procedimiento legalmente establecido y vulneración del derecho fundamental a la no indefensión del artículo 24 CE.

Segundo.- Reclamado el expediente administrativo se citó a las partes a la celebración de la vista que tuvo lugar el 06 de octubre de 2014 con la asistencia de ambas y en la que la demandante se ratificó en su demanda y concedida la palabra a la parte demandada, por su representante se alegó lo que estimó oportuno en defensa de la legalidad del acto administrativo recurrido solicitando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la recurrente.

Tercero.- Se fijó la cuantía de la presente litis en Indeterminada e inferior a 30.000 euros y practicada la prueba solicitada y declarada pertinente y formuladas conclusiones por ambas partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación del procedimiento se han cumplido las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 28 de octubre de 2013, expediente nº 1240-020081, que acuerda estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la dictada en fecha 26 de septiembre de 2013 en el sentido que literalmente reza “de los cuatro supuestos conforme a los cuales se entendió que se había producido una infracción a las condiciones en que fue autorizada la terraza, únicamente consta acreditado para dos de ellos. En todo caso, ya sean 4 o 2 los momentos denunciados, lo cierto es que uno serviría para fundamentar el contenido de la resolución dictada” que en definitiva se limita a ordenar de forma inmediata el ajuste del horario de funcionamiento de la terraza al correspondiente al establecimiento principal. Cabe destacar que la resolución recurrida no impone una sanción ni compele a realizar medida alguna de restauración de la legalidad sino únicamente ordena ajustar el horario a la licencia y recuerda las consecuencias que se derivarían del incumplimiento de dicha obligación, a saber, la retirada de la autorización a cuyos efectos la referida resolución servía de AUDIENCIA PREVIA a la citada retirada.

Segundo.- Dado el contenido de la resolución recurrida se planteó por esta juzgadora en el primer acto del juicio de los dos celebrados en este proceso, la posible inadmisibilidad del recurso por aplicación de lo establecido en el 69 c/ LJCA toda vez que la concesión de un trámite de audiencia previo a una posterior resolución convertiría a la dictada concediendo ese trámite en un acto de esta naturaleza, es decir, acto de

mero trámite vedado a la revisión jurisdiccional conforme a lo establecido en el referido artículo en relación con el 25.1 LJCA. No obstante, el hecho de que la firmeza de dicha resolución permitiera, de apreciarse un incumplimiento en el horario de cierre, la directa retirada de la licencia ha de conllevar la consideración de la misma como accesible al recursos contencioso-administrativo como acto de trámite privilegiado contemplado en el tan citado precepto.

Tercero.- Aclarado lo anterior y entrando en el fondo del asunto, alega el recurrente como motivos de nulidad de dicha resolución, básicamente los siguientes:

1º Falta de realidad de los hechos sobre los que se asienta

2º Improcedencia del procedimiento seguido.

En relación a esta segunda cuestión llama la atención que del abultado expediente administrativo remitido, compuesto de 414 folios, solo los treinta últimos folios tienen relación con los hechos por los que se dicta la resolución recurrida. Los anteriores se refieren a otros expedientes seguidos contra el mismo local, pero en los que no parece discutirse el horario de cierre de la terraza sino más bien sus condiciones en cuanto a limpieza y en cuanto a dimensiones. De ahí quizás la confusión que luego desarrollaremos en cuanto a la tramitación del expediente que aquí nos ocupa.

Ha de partirse, pues, de que el procedimiento referido a la resolución recurrida comienza con las Actas de denuncia formuladas por la Policía Local de Oviedo los días 19 y 21 de septiembre de 2013 (folio 374 y 378). En ellas se indica que la barra exterior del bar continúa con la actividad propia del mismo a las 3 horas (el día 19) y a las 5 horas (el día 21). Sin ningún otro trámite se dicta entonces la resolución aquí recurrida que, como decíamos, ordena el ajuste del horario de la terraza del establecimiento al correspondiente al establecimiento principal.

Cuarto.- A la vista de los datos puestos de relieve en el anterior fundamento de derecho y muy especialmente del propio contenido de la resolución recurrida fácilmente se colige que la misma carece de contenido sancionador propiamente dicho. Se trata de una medida prevista en la Ley 8/2002 de octubre de Espectáculos públicos y actividades recreativas (en adelante LEPAR) cuyo artículo 24.2 prevé

que: *“Las autoridades competentes, previa audiencia de los interesados, procederán a la clausura y el precinto de los establecimientos, locales o instalaciones que carezcan de licencia o que, aún teniéndola presentes deficiencias que hagan peligrar la integridad de personas y bienes o la salubridad pública.*

En el caso de apreciarse peligro inminente, estas medidas podrán adoptarse sin necesidad de audiencia previa”.

Y es que, en efecto, la clausura de un establecimiento puede ser sanción anudada a la comisión de una infracción muy grave (artículo 37.1 f/ LEPAR), pero también medida cautelar en tanto se tramita un expediente sancionador (artículo 44. 1 a/ LEPAR) o simplemente consecuencia de las facultades de inspección y control de la actividad que ostentan las Administraciones en el ámbito de sus respectivas competencias (artículo 24 LEPAR). Lo que las distingue es el carácter definitivo o por tiempo determinado y fijo de la primera (artículo 37.1 f/ y 37.2 d/ para el caso de infracciones graves) frente al carácter meramente provisional de las restantes amén, claro está, de que la primera está presidida por las exigencias y principios propios de la facultad sancionadora, es decir, ha de ser consecuencia de una infracción tipificada como tal y ser adoptada tras la tramitación de un expediente en el que se hayan cumplido los requisitos y elementos inherentes a la potestad sancionadora.

Ahora bien, en el caso examinado ninguna de las resoluciones recurridas se amparan en las normas citadas sino que dicen adoptarse en un expediente de restauración de la legalidad urbanística cuando el incumplimiento de los horarios de cierre de un establecimiento no ocasiona la tramitación del expediente regulado en los arts 228 y ss del TROTUAS. Entiende esta juzgadora, en línea con lo señalado por el Letrado de la parte recurrente, que los casos de incumplimiento de horario de cierre de estos locales no son asimilables a otros incumplimientos de licencia, ya que el horario no está inserto en la licencia de actividad ni puede, por tanto, su vulneración perseguirse por la vía del expediente para la restauración de la legalidad urbanística y del RAM. No se trata por tanto de la posibilidad de control posterior a la concesión de licencia de apertura y/o funcionamiento inherente a la permanente relación de este tipo de autorizaciones con la Administración concedente sino que se trata de un control específico, derivado del necesario cumplimiento de los horarios de los locales e instalaciones comprendidos en el ámbito de la LEPAR (art 21) y que han de regirse por lo establecido en ella. En idéntico sentido se pronuncia la STSJ Madrid de 22-4-2010 (rec 2135/2009); *“ De la legislación transcrita se desprende que las licencias de funcionamiento no establecen*

ninguna particularidad en relación con el horario de cierre , ni hacen mención al mismo, por lo que el incumplimiento del horario de cierre no puede dar lugar nunca al inicio de un procedimiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística”.

Quinto.- Ha de estimarse que la tramitación de un expediente no ajustado al previsto en la ley conduce a la anulación de la resolución final dictada en el mismo.

A mayor abundamiento, también el primer motivo de impugnación habrá de ser estimado a la vista de la prueba practicada en el acto de la vista. En primer lugar el testimonio del Policía Local, Sr. que hallándose en el lugar fuera de servicio, aseguró que barra de la terraza no funcionaba, es decir, que había gente pero sin servirse bebidas contradiciendo así el contenido de las Actas levantadas por sus compañeros; y, en segundo lugar el propio testimonio del agente que levantó el Acta del 21 de septiembre (agente 8406) que reconoció haber ampliado su contenido, es decir, alterado el levantado el día de los hechos, aprovechando el trámite de notificación al interesado. Esta forma de proceder desvirtúa completamente el principio de veracidad del Acta impidiendo así que pueda servir de fundamento a ninguna actuación administrativa desfavorable para el interesado.

Procede por todo ello la estimación del recurso con íntegra anulación de la resolución recurrida.

Sexto.- Dada la estimación del recurso procede imponer las costas a la demandada si bien limitando su cuantía al máximo de 600 euros conforme prevé el artículo 139 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo presentado por DON contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 28 de octubre de 2013, expediente nº 1240-020081, declarando la disconformidad a derecho de la misma y su anulación. Se imponen las costas a la demandada con el límite de 600 €.



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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso de apelación.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

