



Roj: **STSJ BAL 876/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:876**

Id Cendoj: **07040330012017100464**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **360/2013**

Nº de Resolución: **488/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **FERNANDO SOCÍAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA : 00488/2017

SENTENCIA

Nº 488

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 8 de noviembre de 2017

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº **360/2013** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de D. **Juan Enrique** , representado por el Procurador D. José Luis Nicolau Rullán y asistido del Abogado D. Santiago Marí y como Administración demandada el **AYUNTAMIENTO DE SANT ANTONI DE PORTMANY** representado por el Procurador D. José Luis Nicolau Rullán y asistido por el Abogado D. Santiago Marí.

Constituye el objeto del recurso la Ordenanza Reguladora de los Horarios de actividades catalogadas y turísticas de restauración del municipio de Sant Antoni de Portmany.

La cuantía se fijó en indeterminada

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Interpuesto el recurso en fecha 17 de octubre de 2013, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO . Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico el acto impugnado y en consecuencia que se declare la nulidad de la zonificación 1 (anexo I) y del horario de apertura de los artículos 3.3 y 3.4 de la Ordenanza Municipal de Horarios de Sant Antoni de Portmany, en lo que se refiere a la reducción del horario de cierre en una hora



respecto a los locales señalados como II.C (salas de fiesta, salas de baile y discotecas) ubicados en la zona 1 y que se condene a la Administración demandada a indemnizar al recurrente en los perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia.

TERCERO . Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO. Recibido el pleito a prueba, se propuso y admitió la pertinente, con el resultado que obra en autos.

QUINTO. Declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 7 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . *Planteamiento de la cuestión litigiosa.*

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa reseñar:

1º) Que en acuerdo plenario del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, de fecha 12 de abril de 2013, se aprobó inicialmente la Ordenanza municipal Reguladora de los Horarios de actividades catalogadas y turísticas de restauración del municipio de Sant Antoni de Portmany, siendo sometida a información pública.

2º) Mediante acuerdo plenario del mismo Ayuntamiento, en sesión de fecha 30 de julio de 2013, y tras desestimarse las alegaciones, se aprobó definitivamente la referida Ordenanza.

En lo que ahora importa, en la mencionada Ordenanza se introduce una zonificación de las actividades turísticas y catalogadas, a las que se les fija un horario de apertura y cierre, según la zona y tipo de actividad.

El demandante, titular de una sala de fiestas situada en la identificada como Zona 1, impugna la mencionada Ordenanza en lo que afecta al horario de cierre, que se adelanta en una hora respecto a análogos establecimientos de la categoría II.C (salas de fiesta, salas de baile y discotecas) ubicados fuera de esta zona 1. Es decir, con la mencionada Ordenanza, los locales del Grupo II.C deben cerrar a las 06 hrs, menos los ubicados en la Zona 1 (como el del recurrente) que deben cerrar a las 5 de la madrugada.

Se impugnan la zonificación 1 (anexo I) y los artículos de la Ordenanza que establecen dicha limitación (artículos 3.3 y 3.4), argumentando que el adelanto en el horario de cierre para dicho tipo de locales y en la indicada zona, responde a un criterio arbitrario, causando una desigualdad con respecto a otros establecimientos similares pero en distinta zona. Como consecuencia de la anulación pretendida, se interesa indemnización de daños y perjuicios causados con lo que se considera una ilegal restricción horaria.

La impugnación se fundamenta en los siguientes motivos:

1º) Vulneración del procedimiento de elaboración de la Ordenanza al faltar el informe jurídico de adecuación a la legalidad (art. 173 ROF).

2º) Ausencia de informes técnicos que justifiquen y acrediten la oportunidad, necesidad y proporcionalidad de la zonificación aprobada, lo que determina uso indebido de la discrecionalidad administrativa

3º) Falta de motivación de la diferente delimitación espacial y por tipo de actividad.

SEGUNDO. *Examen del procedimiento de elaboración de la Ordenanza.*

La parte recurrente invoca vulneración del procedimiento de elaboración de la Ordenanza al faltar el informe jurídico de adecuación a la legalidad (art. 173 ROF).

No puede estimarse el argumento pues el procedimiento de elaboración de la Ordenanza a lo que debe ajustarse es a lo previsto en el art. 49 de la LBRL y en el art. 102 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre , municipal y de régimen local de las Illes Balears y el propio demandante ha de reconocer que no incumple ninguno de tales preceptos.

El informe de conformidad a la legalidad del art. 173,2º del ROF lo es, exclusivamente, para los acuerdos a que se refiere el punto 1º del mismo precepto.

Con independencia de lo anterior, en el Informe que suscriben el Secretario de la Corporación y la Jefa de Servicios Jurídicos, de fecha 4 de abril de 2013, ya reseñan que la Ordenanza se ajusta a la legalidad.

No procede por tanto, estimar este motivo de impugnación.

**TERCERO. La competencia municipal para la zonificación horaria y los informes que justifican y acreditan la oportunidad, necesidad y proporcionalidad de la zonificación aprobada.**

Con carácter previo debemos precisar que la Ordenanza que nos ocupa no establece una regulación de horarios en desarrollo de lo previsto en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, que prevé una zonificación acústica, como tampoco en desarrollo y aplicación de la Ley balear 1/2007, de 16 de marzo. Antes al contrario la limitación horaria que nos ocupa, deriva de lo dispuesto en la Ley 16/2006 de régimen jurídico de las licencias integradas de actividad de las Illes Balears (BOIB núm. 152 de 28/10/06) que en su art 45 dispone que " *el horario general de apertura y cierre de las actividades catalogadas se debe determinar mediante orden de la Conselleria competente en materia de licencias de actividades del Govern de les Illes Balears. Los plenos de los Ayuntamientos respectivos pueden reducir motivadamente, para una zona o zonas de su municipio, los horarios citados* ".

En definitiva, la indicada Ley 16/2006, sí permite reducir horarios para determinadas zonas del municipio, sin que se exija que la zonificación a realizar esté previamente determinada o fundamentada en el plan urbanístico.

Pero es que además, la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de diversas medidas tributarias y administrativas, por la que se establece que el horario general de los espectáculos y de las actividades recreativas, prevé que el horario general de los espectáculos y actividades recreativas será determinado reglamentariamente por el Gobierno de la CAIB y en su art. 19,2º precisa que " *2. Hasta que la Comunidad Autónoma no haya dictado una norma específica en materia de espectáculos públicos y de actividades recreativas, los plenos de los Ayuntamientos, mediante reglamento, podrán establecer ampliaciones o reducciones de horarios de acuerdo con las peculiaridades de las poblaciones, las zonas y los territorios que, especialmente en relación a la afluencia turística y la duración del espectáculo, harán una diferenciación entre la época o estación anual y entre los días laborables, los festivos y sus vigiliats* ". A falta de regulación reglamentaria por parte de la CAIB y del Consell Insular de Eivissa, en desarrollo de lo dispuesto en dicho precepto, el Ayuntamiento podía establecer la zonificación horaria que nos ocupa.

El recurrente invoca ausencia de informes técnicos que justifiquen y acrediten la oportunidad, necesidad y proporcionalidad de la zonificación aprobada, lo que determina uso indebido de la discrecionalidad administrativa.

En este punto debe distinguirse la denuncia sobre la existencia/inexistencia de informes y la denuncia respecto a que los mismos acrediten o no la oportunidad y proporcionalidad de la medida.

En cuanto a lo primero, los informes existen, hasta el punto que el propio recurrente los cita para criticarlos. Nos referimos a los informes del Inspector Jefe de la Policía Local, informe del concesionario de la contrata de limpieza urbana, así como el informe gráfico del Jefe de Medio Ambiente (al margen de los informes jurídicos).

Por tanto, entendemos que lo que la parte recurrente está afirmando es que dichos informes no acreditan o justifican la necesidad de la medida que supone adelantar una hora el horario de cierre de los establecimientos de la categoría II.C (salas de fiesta, salas de baile y discotecas) de la zona 1.

Cuestión que abordamos en el siguiente apartado.

CUARTO. Motivación de la zonificación horaria y discrecionalidad administrativa.

En primer lugar debemos precisar que la decisión municipal de establecer distintos horarios de cierre para distintas zonas, tiene su amparo en el mandato normativo arriba descrito que impone distinción de horarios por actividades, por zonas y temporadas del año.

En segundo lugar debe precisarse que esta zonificación horaria no ha de responder exclusivamente a asegurar un control de la contaminación sonora, pues es uno de los elementos a considerar, pero no el único, por lo que poco importa que los locales de ocio cumplan con las medidas de insonorización previstas.

Lo que se persigue es que la Administración municipal, que es la que mejor conoce las necesidades y problemas del municipio, establezca unos horarios de cierre de actividades que se estimen más adecuados para la convivencia ciudadana y, en definitiva, para los intereses generales y a tal fin ha de ponderar todos los intereses (los de los propietarios de los locales, así como los de los vecinos en general).

Pues bien, para determinar la zonificación horaria, el Ayuntamiento interesó diversos informes de los que resultaba la conveniencia de adelantar el horario de cierre de los locales de ocio de una determinada zona, identificada como el "west" pero de límites geográficos difusos con dicha denominación.

Un primer informe de la Policía Local de fecha 20 de marzo de 2013 ya precisa la conveniencia de adelantar el horario de cierre en una determinada zona. Concretamente se informa:



" Que debido a la morfología de las calles y la estrechez de las mismas, principalmente del interior del casco urbano desde el Passeig de Ses Fonts hasta la zona de Ses Variades, la gran afluencia y presencia de viandantes provoca un grave perjuicio a los servicios de limpieza así como desordenes públicos en los momentos en que los agentes de esta Policía Local se encuentran haciendo los cambios del turno de la noche a la mañana, resultando casi imposible su control, lo que también provoca graves molestias a los vecinos de la zona mencionada.

Por todo lo expuesto anteriormente sería conveniente adelantar el horario de cierre de los establecimientos del grupo IV, de la zona que va desde el Passeig de Ses Fonts a la zona de Ses Variades, que pasaría a ser de las 06:00 horas a las 05:00 horas"

Pues bien, con independencia de que dicho informe propusiera una restricción horaria que afectase a una zona mayor que aquella en la que finalmente se restringió el horario, en lo que ahora importa, ya hay un primer informe que justifica la conveniencia de la restricción que luego afectó a la denominada zona 1 de la Ordenanza.

A lo anterior se añade informe de la concesionaria de la contrata de limpieza urbana que informa sobre los problemas de la limpieza "en la zona del West" en relación al horario de cierre de los locales, precisando que:

" Durant la temporada turística, l'elevada afluència de gent a aquesta àrea, obliga a aplicar-hi un pla de neteja específic amb l'objectiu de deixar-la neta abans de l'obertura dels comerços

Actualment, la situació és la següent: a les 6:00 de la matinada tanquen els bars de la zona. Immediatament, els cambrers de cada local comencen a treure els fems produïts durant la nit. Els clients surten a la via pública i s'hi estan durant aproximadament una hora. Així, per raons de seguretat, fins aproximadament les 7:00 els carrers són intransitables per vehicles.

El personal de neteja de FCC comença la seva tasca a les 6:00. A les 6:15 arriben els equips de buidat de papereres. Aquests, dipositen les bosses plenes al carrer i col·loquen bosses buides a cada paperera. Cap a les 7:00 del matí el nombre de persones al carrer s'ha reduït prou com per poder entrar-hi amb vehicles i, aleshores, comença a seva feina un equip de recollida de fems equipat amb un camió-recolector de càrrega posterior. Aquest equip retira tots els fems que hi ha al carrer.

Entorn de les 7:30, un cop l'equip de recollida ha retirat les bosses del carrer, arriba l'agranadora d'aspiració que, amb l'ajut d'alguns peons i la col·laboració de les netejadores dels locals, agrana els carrers de la brutor dispersa. Aquesta operació d'agranat acaba cap a les 9:00.

Si l'hora de tancament dels locals s'avança en una hora, la principal diferència serà que el servei es podrà mecanitzar des del primer moment perquè, previsiblement, els clients ja s'hauran dispersat a l'hora de començar la neteja. En aquests condicions, la neteja podria finalitzar algun temps abans que ara"

En parecidos términos se expresa el informe emitido por el Jefe de Medio Ambiente del Ayuntamiento, de fecha 4 de abril de 2013 complementado por otro de 2 de julio de 2013 contestando las alegaciones presentadas y proponiendo la delimitación de la zona propuesta.

A la vista de tales informes, no se puede afirmar que la decisión municipal consistente en reducir en una hora el horario de cierre para los locales del Grupo II.C en la zona 1 sea arbitraria por inmotivada, pues podrá estarse de acuerdo o no con dichos informes, pero desde luego se está haciendo un correcto uso de las potestades discrecionales en la materia, ajena a toda decisión arbitraria o inmotivada.

QUINTO. La crítica a los argumentos técnicos de los informes que justifican la zonificación horaria.

El recurrente, con base a un informe pericial adjuntado a la demanda y completado luego en fase probatoria, trata de desvirtuar aquellos informes administrativos que justificaron la medida. Concretamente, trata de desvirtuar que el horario de cambio de turno de la policía local sea motivo para adelantar el cierre en una determinada zona y no en otras, como también trata de desvirtuar la justificación relativa a las necesidades de la empresa concesionaria de la limpieza urbana.

En cuanto a lo primero, lo cierto es que la coincidencia del horario de cierre inicial (06.00 hrs) con el cambio de turno de la policía local no sería motivo suficiente, por sí solo, para provocar un cambio de horario de cierre de los establecimientos de ocio, pero es un elemento más a considerar.

Por otra parte, el informe de la Policía Local no se limita a justificar la conveniencia de adelantar el horario de cierre por el simple motivo de coincidencia con el horario de cambio de turno de los agentes, sino que describe que la gran afluencia y presencia de viandantes en aquel horario (06:00 hrs) provoca un grave perjuicio a los servicios de limpieza así como desordenes públicos, lo que también provoca graves molestias a los vecinos de la zona mencionada.



Así pues, la coincidencia de la salida de los clientes de los locales (a partir de las 06:00 hrs) con el inicio de la limpieza urbana, provocaba retrasos en ésta de modo que la conclusión de dicha limpieza se solapaba con la apertura de los comercios, con las consiguientes quejas vecinales reflejadas en el informe del Jefe de Medio Ambiente.

En los informes periciales, la parte recurrente trata de desvirtuar estos informes, pero lo cierto es que no contienen fuerza suficiente como para entender que la decisión administrativa es arbitraria o fuera de los límites de la discrecionalidad administrativa para establecer los horarios de cierre más adecuados para satisfacer los intereses generales.

Concretamente, el informe complementario practicado en fase de prueba se elabora en base a un estudio realizado cuando ya está implantado el horario de cierre anticipado en la Zona 1, es decir, en condiciones que no permiten demostrar que no se producían aquellos inconvenientes para la seguridad y para la limpieza urbana que citaban los informes municipales (con referencia al antiguo horario de cierre a las 06.00 hrs.).

Por otra parte, en el propio informe pericial se recoge que, tras la aplicación de la Ordenanza en la Zona 1 (recordemos cierre a las 05:00 hrs), los clientes salen de los locales a dicha hora y a las 05:30 hrs los equipos de limpieza privados de los establecimientos de ocio nocturno que han cerrado sus puertas "comienzan a limpiar las ocupaciones de la vía pública que les corresponden" y que a las 06:00 hrs inician sus trabajos los servicios de limpieza municipales que continúan hasta las 8 de la mañana en que finalizan con la excepción de alguna calle a la que queda pendiente el barrido automático. Es decir, que si se volviese al sistema anterior y se retrasase una hora el cierre, todo se retrasaría una hora y por tanto a las 9 de la mañana - coincidiendo con la apertura de los comercios- todavía se estaría limpiando la calle de los desechos de la presencia de clientes de la noche anterior. Es decir, precisamente la situación que se trató de evitar con el adelanto de cierre y que, por lo que extraemos de los datos del informe (no del criterio del perito) ha sido medida acertada.

El informe describe que ahora -tras la restricción horaria- no se producen los conflictos de convivencia derivados de la coincidencia espacial y temporal de los servicios de limpieza con la salida de los clientes de los locales de ocio, de modo que lejos de desvirtuar las medidas adoptadas por la Ordenanza, la justifican. El informe pericial indica que ahora la interferencia entre el aforo que sale de los locales y los servicios de limpieza sólo se produce en un tramo de los viales de la zona 1 y que se podría evitar con retrasar 20 minutos la operación de la barredora automática, pero lo relevante es que esta valoración se realiza tras la aplicación de la Ordenanza, lo que no sirve para demostrar que con anterioridad a la misma, la interferencia no existía o era menor. Antes al contrario, se ha de presuponer que la interferencia era de mayor entidad y en los términos expresados en los informes administrativos.

SEXTO. La supuesta desigualdad de trato.

Se invoca que la delimitación espacial es arbitraria, generando desigualdad de trato respecto a los locales de ocio situados fuera de dicha zona 1. Pero a ello debe responderse que en el propio informe de la Policía ya se describe que el problema se agudiza en la zona del interior del casco urbano "debido a la morfología de las calles y la estrechez de las mismas". Es cierto que conforme a dicho informe la delimitación podría haber sido más amplia, pero lo que importa es que se ha aplicado un acertado criterio de menor restricción, pese a que el local del recurrente haya quedado dentro del ámbito espacial más reducido.

Se invoca igualmente que no se diferencia para los locales del Grupo II.B (café concierto) pero estos locales ya tenían horario de cierre a las 05:00 hrs, por lo que no había motivo para adelantarles el cierre si resulta que la conflictiva confluencia de salida de clientes con el servicio de limpieza se producía a partir de las 06:00 hrs.

En consecuencia, y por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

SÉPTIMO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a la parte actora, al haber desestimado sus pretensiones.

No obstante, de conformidad con el art. 139,5º de la LRJCA, la imposición de costas lo será con el límite de la suma de las tasas judiciales eventualmente devengadas más otros 1000 ? por todos los demás conceptos.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo



2º) Que declaramos conforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo impugnado.

3º) Se imponen las costas procesales a la parte actora con el límite de la suma de las tasas judiciales eventualmente devengadas más otros 1000 ? por todos los demás conceptos.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS