

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i>	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i>
CMG11I056		17-01-17 08:45

Número 4 .- Proposta do concelleiro delegado de Medio Ambiente e Convivencia relativa a corrección de erros no punto 38.B) da sesión de 30.12.16, relativo á instrucción sobre criterios aplicables en materia de medidas cautelares de peche, iniciación de procedementos sancionadores, tipificación de infraccións e determinación de sancións en establecementos públicos e actividades de lecer.

Destinatario

15078DCMG11I056:
²15078DCMG11I056:w»
²15078DCMG11I056:w»

A Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela, na sesión ordinaria que tivo lugar o día 13 de xaneiro de 2017 adoptou o seguinte acordo:

NÚMERO 4 .- PROPOSTA DO CONCELLEIRO DELEGADO DE MEDIO AMBIENTE E CONVIVENCIA RELATIVA A CORRECCIÓN DE ERROS NO PUNTO 38.B) DA SESIÓN DE 30.12.16, RELATIVO Á INSTRUCCIÓN SOBRE CRITERIOS APLICABLES EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES DE PECHE, INICIACIÓN DE PROCEDEMENTOS SANCIONADORES, TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN S E DETERMINACIÓN DE SANCIÓN S EN ESTABLECEMENTOS PÚBLICOS E ACTIVIDADES DE LECER.

Dáse conta á Xunta de Goberno da Cidade de Santiago de Compostela da proposta, de data 5 de xaneiro de 2017, do concelleiro delegado de Medio Ambiente e Convivencia, do seguinte teor literal:

"A Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela, na sesión do día 30 de decembro de 2016, no punto 38 B), acordou aprobar a "Instrucción sobre criterios aplicables en materia de medidas cautelares de peche, iniciación de procedementos sancionadores, tipificación de infraccións e determinación de sancións con relación a establecementos públicos e actividades".

A citada proposta contiña dous erros no punto 3 que cómpre subsanar

Primeiro. Onde di "*Finalmente, convén recordar que o proceso valorativo que conleva a aplicación do concepto "risco grave para as persoas ou bens" débese expresar a través dunha motivación (artigo 35.1.h da Lei 40/2015, do 1º de outubro, de réxime xurídico do*

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

sector público, Lei 39/2015, do 1º de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas -en diante, LPAC) que será clara, precisa e suficiente", debe dicir

"Finalmente, convén recordar que o proceso valorativo que conleva a aplicación do concepto "risco grave para as persoas ou bens" débese expresar a través dunha motivación (artigo 35.1.h da Lei 39/2015, do 1º de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas -en diante, LPAC) que será clara, precisa e suficiente."

Segundo. Onde di "...non aconsellen motivadamente elevar a contía a calquera dos tercios superiores" debe engadirse o seguinte texto:

"De concorreren circunstancias agravantes con relación a un ou dous criterios dos sinalados no artigo 59.1 da LECG, fixarase a contía da multa no treito do tercio medio; e de concorreren aquelas circunstancias con relación a máis de dous anteditos criterios, fixarase a contía da multa no treito do tercio superior".

Informados/as os/as concelleiros/as, a Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela acorda por unanimidade dos seus membros:

Subsanar os erros producidos no acordo da sesión de 30 de decembro de 2016, no punto 38 B), de xeito que as instrucións sobre criterios aplicables en materia de medidas cautelares de peche, iniciación de procedementos sancionadores, tipificación de infraccións e determinación de sancións con relación a establecementos públicos e actividades, deberán quedar redactadas co seguinte texto:

"Limiar

Como é sabido, a normativa reguladora das actividades económicas mudou radicalmente ao longo dos últimos anos no contexto dun proceso de liberalización e de substitución dos instrumentos administrativos tradicionais de control público (autorizacións e licenzas) por outros menos restritivos

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

(esencialmente, as comunicacións previas), fenómeno especialmente intenso no ámbito das corporacións locais.

Sen afondar agora nos detalles dese proceso e por cinxirnos ao que aquí interesa, a Lei do Parlamento de Galicia 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia (en diante, LECG), dedica o seu título III á "Regulación integrada do exercicio de actividades", cuxo capítulo I denomínase "Supresión da licenza municipal de actividade e réxime de comunicación previa", cuestión da que se ocupan en concreto os artigos 23 e 24.

Estas normas establecen a regra xeral de que con carácter previo ao inicio dunha actividade económica (sexa profesional, empresarial, industrial e comercial) ou da apertura dun establecemento só será preciso realizar unha comunicación previa (sen prexuízo de que, se iso implica a execución de obras que precisen proxecto técnico, sexa necesario obter para estas a correspondente licenza urbanística).

O capítulo III dese mesmo título denomínase "Espectáculos públicos e actividades recreativas", que é o agora relevante xa que neses conceptos inclúense os servizos e actuacións de carácter artístico, cultural, deportivo ou análogos e, en xeral, os que teñen por finalidade o lecer e a diversión das persoas. O artigo 39.3 dispón que mediante lei do Parlamento de Galicia se establecerá o réxime xurídico tocante á organización e desenvolvemento dos espectáculos públicos e das actividades recreativas, norma que polo de agora non se aprobou e do que se presentou un último anteproxecto á FEGAMP en abril de 2016.

Os espectáculos públicos son un tipo de actividades que están suxeitas ao réxime xeral da comunicación previa non sendo en determinados casos en que, por razóns de seguridade e saúde públicas, de conservación do medio ambiente e o patrimonio histórico, se exixa a licenza urbanística (en esencia, establecementos ou espectáculos cunha capacidade superior a 500 persoas ou cunha especial situación de risco, terrazas ao aire libre ou na vía pública, espectáculos e

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

actividades extraordinarias e as que requiran escenarios e estruturas móbiles,... e aqueles cuxa normativa específica esixa a concesión de autorización).

A Disposición final sexta.1 da LECG, de habilitación normativa, autoriza ao Consello da Xunta de Galicia a ditar as disposicións para o desenvolvemento regulamentario da lei e sinala que, no prazo de seis meses, a Xunta de Galicia aprobará un regulamento único que estableza o réxime xurídico e o procedemento de intervención administrativa das actividades obxecto dela. Esta previsión cumpriuse a través do Decreto da Xunta de Galicia 144/2012, do 22 de setembro (en diante, RIAE), que se publicou no DOG nº 213, do 9.11.2016 e acaba de entrar en vigor o pasado 29.11.2016

Todo o anterior repercutiu, por unha banda, na normativa legal sobre as licenzas urbanísticas (de feito, a LECG modificaba as disposicións da vella LOUG sobre esa materia) e, en concreto, na normativa municipal reguladora da tramitación das licenzas e comunicacións previas (ordenanza cuxo texto se actualizou por acordo plenario do 27.03.2015, publicado no Boletín oficial da provincia da Coruña do 16.06.2015 e que agora é obrigado actualizar no prazo de nove meses por imperativo da Disposición derradeira primeira do RIAE).

Pero, por outra banda, o novo réxime da intervención administrativa nas actividades económicas tamén repercute na normativa autonómica previa sobre a materia -en concreto, o Catálogo de espectáculos públicos e actividades recreativas de Galicia, que segue a falar de autorizacións e licenzas-, razón pola que -como acabamos de ver- a propia LECG prevé no seu artigo 39.1 unha lei específica de réxime xurídico da organización e desenvolvemento dos espectáculos públicos e das actividades recreativas, e na súa Disposición final sexta.1 un regulamento único que estableza o réxime xurídico e o procedemento de intervención administrativa de todas as actividades obxecto da Lei.

Finalmente, convén recordar que a recente entrada en vigor o 1º de outubro de 2016 das leis 39/2015 e 40/2015, do

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

1º de outubro (de procedemento administrativo común e de réxime xurídico do sector público respectivamente), esixen un esforzo complementario de adaptación e actualización da actividade municipal e de información aos cidadáns.

Con estes condicionantes, mentres non se cumpran as previsións sobre a nova regulación axustada aos principios derivados da LECG, e das normas estatais e directivas europeas que a inspiran, é inevitable unha certa inseguridade xurídica e que agromen interpretacións dispares sobre as disposicións aplicables na materia e sobre o seu sentido. En calquera caso, o Concello conserva as potestades de control de cara a garantir, por unha banda, as condicións de seguridade dos establecementos e das actividades ás que se refire e, pola outra, de que se cumpran as normas sobre protección contra a contaminación acústica.

Para concluír, débese ter en conta que a administración municipal debe servir con obxectividade os intereses xerais e actuar con suxeición á lei e ao dereito (principios de legalidade) así como que, nas súas relacións, debe respectar, entre outros, os principios de servizo efectivo aos cidadáns, simplicidade, claridade e proximidade ás persoas, participación, obxectividade e transparencia, boa fe e confianza lexítima.

Neste marco contextual, co obxectivo de mellorar a racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e a seguridade xurídica des empresas do sector e dos cidadáns en xeral, de conformidade coas conclusións ás que se chegou na mesa cos representantes do sector da hostelería, oídos os directores de área, propóñolle á Xunta de Goberno Local, a aprobación da seguinte

Instrución sobre criterios aplicables en materia de medidas cautelares de peche, iniciación de procedementos sancionadores, tipificación de infraccións e determinación de sancións con relación a establecementos públicos e actividades de lecer

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

1.Sobre a adopción das medidas cautelares de peche

A Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, establece que, cando se estea a desenvolver unha actividade sen a autorización ou título que a lexitime ou sen se axustar ás condicións deles, o Concello dispoñerá a súa suspensión inmediata. A adopción de medidas cautelares (entre elas, a de peche) tamén se prevé nos artigos 28 e 56 da LECG cando concurran circunstancias de urxencia ou gravidade ou para evitar a produción de prexuízos.

A ordenanza xeral municipal reguladora da emisión e recepción de ruídos, vibracións e condicións dos locais tamén prevé no seu artigo 74 a posibilidade de medidas cautelares para evitar danos graves e precisa que, con carácter xeral, se adoptarán trala audiencia da persoa interesada por un prazo de cinco días, agás nos casos que esixan unha actuación inmediata.

Adoptarase como criterio xeral que as medidas cautelares de peche se adopten trala audiencia das persoas interesadas ás que se lles concederá un prazo de cinco días hábiles para alegacións, período no que ademais terán a oportunidade de emendar ou corrixir as causas que dan lugar á iniciación do procedemento no que se pode adoptar a medida cautelar.

Non será aplicable ese criterio xeral nos casos de establecementos ou actividades sen licenza ou título habilitante e cando concurran motivos de urxencia ou gravidade que razoablemente conleven a necesidade de adoptar a medida cautelar sen demoras.

Cando se careza de licenza ou título habilitante, seo establecemento ou actividade depende dunha comunicación previa, a presentación desta última lexitimará a apertura baixo responsabilidade do seu promotor e sen prexuízo da posterior inspección municipal.

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

Por outra parte, o Concello daralles prioridade na tramitación e inspección aos establecementos e actividades con relacións aos que se poida presumir razoablemente que están en situación de risco de peche oudoutra medida coercitiva gravosa. Esa prioridade ten por finalidade facilitar que se resolva a problemática que suscitan, de xeito que se poida resolver sobre a reapertura ou levantamento da medida cautelar no prazo máis curto posible.

2. Sobre a iniciación de procedementos sancionadores

O criterio xeral de actuación será o de procurar a resolución dos problemas que susciten os establecementos ou actividades a través e no marco de expedientes de reposición da legalidade urbanística, dándolles prioridade a estes sobre os procedementos de carácter sancionador. Noutras palabras, priorízase a legalización dos establecementos e das actividades fronte á sanción.

Iso significará que só se tramitarán procedementos sancionadores cando non sexa posible resolver as anomalías ou irregularidades detectadas no seo dun expediente de reposición da legalidade ou cando o titular do establecemento incurra en reiteración ou persista en condutas ilegais a pesares das advertencias municipais, ou cando non restaure a legalidade alterada no expediente que se lle tramitou para ese efecto.

3. Sobre a tipificación de infraccións e determinación de sancións

A contía das multas que prevé a LECG é, polo xeral, considerable. Posiblemente esa circunstancia derive da despenalización de determinadas condutas que anteriormente estaban tipificadas como faltas no Código penal e que pasaron á condición de infraccións administrativas. Ademais os abanos das contías dalgunhas sancións económicas son moi amplos (de ata 570.000€).

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

O feito de que esa lei fixe como un dos criterios determinantes para clasificar unha infracción como moi grave ou grave a concorrencia ou non de "un risco grave para as persoas ou os bens" (artigo 52.1, 3, 5 e 6 da LECG) suscita unha problemática singular. Estamos perante un concepto xurídico indeterminado cuxa concorrencia se debe analizar con rigor en cada caso pola relevancia da distinta clasificación da infracción para os efectos sancionadores (faltas moi graves, multa de 30.050,62 € a 601.012,21 € e clausura de local, suspensión da actividade ou retirada da autorización ata 3 anos; e falta graves, multa de 300,52 € a 30.050,61 €, e clausura de local, suspensión da actividade ou retirada da autorización ata 1 ano).

A utilización dun concepto xurídico indeterminado, como sinalou o Tribunal Constitucional (véxase por todas, STS 69/1989, do 20 de abril), non vulnera o principio de tipicidade aínda que introduce unha certa marxe de indeterminación na descrición da infracción administrativa. En concreto, di aquela sentenza:

"Non vulnera a esixencia da lex certa que incorpora o artigo 25.1 da CE a regulación deses supostos ilícitos mediante conceptos xurídicos indeterminados, sempre que a súa concreción sexa razoablemente factible en virtude de criterios lóxicos, técnicos ou de experiencia e permitan prever, por conseguinte, con suficiente seguridade, a natureza e as características esenciais das condutas da infracción tipificada...".

Pero para cualificar un risco desde o punto de vista da súa gravidade, cómpre avaliar conxuntamente a probabilidade de que se produza o dano e maila súa severidade, noutras palabras, é preciso concluír racional e motivadamente que é probable que se chegue a materializar e que sería grave para a integridade das persoas ou dos bens. Como se pode observar trátase dun concepto legal cuxa delimitación permite unha marxe de apreciación por parte da Administración sancionadora, que necesariamente haberá de colaborar na precisión do tipo con

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG111056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

suxeición aos criterios interpretativos enunciados na citada STC 69/1989 (criterios lóxicos, técnicos ou de experiencia).

Así e todo, ao se tratar de conceptos xurídicos indeterminados, a distinción entre o riscograve e o risco ordinario que conleva calquera infracción administrativa é na práctica unha cuestión dificultosa polo que:

a) Débense avaliar todas as circunstancias concorrentes no caso concreto (STS do 27 de febreiro de 1998).

b) Esas circunstancias que se terán en conta para subsumir os feitos no tipo infractor deberán estar descritas nas actas de infracción ou xustificadas a través das probas practicadas no procedemento.

c) E esas circunstancias débense avaliar con suxeición a criterios lóxicos, técnicos e de experiencia (STS do 12 de novembro de 2001).

Finalmente, convén recordar que o proceso valorativo que conleva a aplicación do concepto "risco grave para as persoas ou os bens" débese expresar a través dunha motivación (artigo 35.1.h da Lei 39/2015, do 1º de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas -en diante, LPAC) que será clara, precisa e suficiente.

No tocante á determinación da sanción de multa, a LECG (artigo 59) refírese a circunstancias como a transcendencia social da infracción, a negligencia ou intencionalidade do infractor, a natureza e magnitude dos danos e perdas ocasionados, a reiteración ou reincidencia, ea situación de predominio e conduta do responsable, circunstancias que coinciden substancialmente coas enumeradas polo artigo 29 da LPAC.

Por outra parte, os artigos 25 a 31 da Lei 40/2015, do 1º de outubro, de réxime xurídico do sector público, regulan os principios específicos aos que se debe suxeitar o exercicio da potestade sancionadora por parte das administracións públicas, entre eles, especificamente, o de proporcionalidade (artigo 29) na súa tripla consideración de idoneidade, necesidade e adecuación á gravidade do feito. A adecuación á gravidade do feito (proporcionalidade en sentido estrito) incúmbelle

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

esencialmente á Administración que impón a sanción. Neste ámbito, o ordenamento xurídico establece dúas regras importantes:

a) que a imposición de sancións non pode resultar máis beneficiosa para o infractor que o cumprimento das normas infrinxidas; e

b) que cando o xustifique a adecuación entre a sanción que se deba aplicar coa gravidade do feito constitutivo da infracción e as circunstancias concorrentes, o órgano competente para resolver poderá impoñer a sanción no grao inferior.

En resumo, o Concello ponderará en cada caso e motivadamente, no exercicio da súa potestade sancionadora, o principio de proporcionalidade na elección da sanción ou sancións e na determinación da contía das multas no marco sinalado pola lei e con suxeición aos límites e regras anteditas.

En concreto, convén recordar que a doutrina xurisprudencial (véxase por todas a sentenza do TSJ de Madrid do 9 de xuño de 2010) esixe unha motivación

"...adaptada ás circunstancias particulares do caso, que é a motivación esixida no control xudicial do cumprimento do principio en exercicio da potestade sancionadora, de xeito que se o leixslador establece un conxunto de criterios ou parámetros no proceso de individualización para os efectos de xustificar a adecuación entre gravidade do feito constitutivo e a sanción aplicada, iso require da administración actuante o necesario esforzo explicativo, non de forma xenérica ou abstracta, a xeito de fórmula de estilo, senón en relación ás circunstancias do caso concreto... Debe insistirse en que a obrigação de motivación en materia sancionadora no é algo meramente formal, senón que entronca directamente co exercicio do dereito de defensa de quen, para os efectos do seu exercicio en vía de recurso administrativo o en vía xudicial, ten dereito a coñecer as razóns polas que se lle impuxo unha determinada multa nunha determinada contía e os criterios nos que se baseou para iso a administración."

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

Neste contexto, considérase conveniente fixar uns criterios xerais e flexibles de determinación das contías das multas aplicables en materia de establecementos públicos e actividades de lecer, tomando como base o principio expresado na STS do 20 de decembro de 1989 de que

"Non parece aceptable, en canto ao rigor da predeterminación, que se poidan realizar concrecións para outorgarlle á Administración marxes de arbitrio superiores aos que se lles conceden aos órganos xudiciais, cando unha e os outros exerce nunha función punitiva."

Con esa finalidade, o abano da contía das multas previstas pola normativa dividírase en tres tercios (por exemplo, a multa e 300 a 30.000 € do artigo 58.2.a da LECG: a) o primeiro tercio, de 300 a 10.200 €; b) o segundo tercio, de 10.201 a 20.100 €; e c) o terceiro tercio, de 20.101 a 30.000 €) e, como norma xeral aplicarase a multa dentro do tercio máis baixo sempre que cando os criterios que enumeran os artigos 59 da LECG e 29 da LRSP (a grave trascendencia social da infracción, a grave negligencia ou intencionalidade do infractor, a natureza grave ou a contía dos danos e perdas ocasionados, a reiteración ou reincidencia, a situación de predominio ou a conduta do infractor) non aconsellen motivadamente elevar a contía a calquera dos dous tercios superiores. De concorreren circunstancias agravantes con relación a un ou dous criterios dos sinalados no artigo 59.1 da LECG, fixarase a contía da multa no treito do tercio medio; e de concorreren aquelas circunstancias con relación a máis de dous anteditos criterios, fixarase a contía da multa no treito do tercio superior.

Cando a norma aplicable non prevé un mínimo para as multas (por exemplo, a ordenanza reguladora de terrazas e quioscos), tamén se aplicará a anterior regra xeral -multa dentro do tercio máis baixo- coa precisión de que se procurará gardar a coherencia entre a gravidade da infracción e da sanción para evitar que infraccións graves ou moi graves se sancionen con multas máis reducidas que as corresponderían a infraccións leves.

<i>Dependencia</i> CMG.- Asistencia á Xunta de Goberno da cidade de Santiago de Compostela 77.- TMARE		
<i>Documento</i> CMG11I056	<i>Expediente</i>	<i>Fecha</i> 17-01-17 08:45

A potestade prevista no artigo 29.4 da LRSP de impoñer a sanción no grao inferior só se exercerá, con carácter excepcional, cando estea notoriamente xustificada para adecuar a sanción á entidade do feito constitutivo da infracción e a unhas singulares circunstancias concorrentes. Para estes efectos enténdese por sanción no grao inferior, a correspondente á infracción inmediata máis leve no seu tercio superior.

Por outro lado, no caso das infraccións graves, como regra xeral, non se aplicarán simultaneamente as sancións de multa e peche do establecemento que prevé o artigo 58 da LECG a non ser quen concurran especiais circunstancias que razoablemente aconsellen a imposición do peche, o que se motivaría especificamente.

E, finalmente, cando se estea a tramitar unha autorización de ocupación da vía pública para a instalación de terrazas, non se iniciará expediente administrativo sancionador mentres non se resolva sobre a autorización solicitada e só no caso de denegación desta última."

**O CONCELLEIRO SECRETARIO DA XUNTA DE GOBERNO DA CIDADE DE
SANTIAGO**

Asdo:Xan Xesús Duro Fernández