



Referència	<b>AIN-2015/1095</b>
Objecte	<b>Informe sobre l'obertura d'expedients sancionadors per incompliment de requisits regulats a la Llei 11/2009, per part d'establiments que desenvolupen espectacles públics o activitats recreatives sense disposar de títol habilitant.</b>
Sol·licitant	Districte de l'Eixample (Departament de Serveis Jurídics – Secretaria)
Lletrat	Xavier Silvestre i Castejon
Data	22 de juliol de 2015

## **1. Antecedents**

Per part de l'òrgan sol·licitant es posa de manifest que en determinades ocasions s'incoen expedients sancionadors contra establiments que estan desenvolupant espectacles públics o activitats recreatives sense el títol habilitant corresponent, per l'incompliment de requisits establerts a la normativa reguladora d'aquest tipus d'activitats, quan l'activitat no disposa del preceptiu títol habilitant previst a la mateixa normativa.

L'objecte de la consulta és la procedència d'incoar aquests expedients sancionadors en aquests casos.

## **2. Consideracions jurídiques**

### **a. Existència d'infracció per incompliment dels requisits de funcionament**

Els espectacles públics i les activitats recreatives estan actualment regulats per la Llei 11/2009, del 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives (LEPAR) i pel Decret 112/2010, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament d'espectacles públics i activitats recreatives (REPAR). En aquesta normativa es tipifica l'obertura d'establiments sense títol habilitant com a infracció molt greu (47.a LEPAR) o greu (48.a LEPAR) en funció de l'existència o no de risc per a les persones o els béns; mentre que la resta d'infraccions als requisits exigibles en el desenvolupament de les activitats estan tipificades en funció de llur gravetat, als articles 47 a 49 LEPAR.



En la normativa esmentada trobem algun exemple en què el compliment de les condicions generals de funcionament es desvincula de l'obtenció del títol habilitant corresponent, com seria el cas en què per reglament o ordenança es sotmet les activitats a comunicació prèvia enlloc de llicència (29.6 LEPAR). També la Direcció General d'Administració de Seguretat de la Generalitat afirma que en els casos d'exempció de llicència previstos a l'article 29.7 LEPAR "*no caldrà tramitar llicència (llevat que les ordenances o reglaments municipals estableixin el contrari), però sí complir les condicions que assenyala la normativa*"<sup>1</sup>.

Aquests exemples ens duen a pensar que amb més motiu, **l'obertura d'un establiment sense disposar de títol habilitant no exonera la persona responsable de l'obligació de donar compliment a tots els requisits exigits per la normativa**, en atenció als interessos generals que justifiquen els requisits de què es tracti<sup>2</sup>.

Podem concloure doncs que tant les obligacions a nivell d'intervenció administrativa (és a dir, l'obtenció del títol habilitant corresponent) com les condicions a què ha de donar compliment qualsevol activitat són exigibles amb caràcter general i, per tant, en casos com els exposats a la consulta es produeixen diversos fets que donen lloc a diverses infraccions. A aquesta conclusió arriba també el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la sentència 752/2001, de 14 de juny, recurs d'apel·lació 24/2001 (RJCA\2001\1206).

## **b. Concurs medial d'infraccions**

Un cop determinada l'existència d'infracció per incompliment dels requisits exigibles a l'activitat independentment del seu títol habilitant, cal valorar si aquesta infracció no resulta absorbida per la infracció principal, consistent en l'obertura d'establiments sense títol habilitant (47.a o 48.a LEPAR).

Quan un o varis fets constitueixen diverses infraccions, ens trobem davant el que la doctrina<sup>3</sup> anomena "*concurso real d'infraccions*", i dintre d'aquesta categoria una de les figures jurídiques més destacades és la de "*concurso medial d'infraccions*", és a dir, quan una infracció és el mitjà necessari per cometre una altra.

<sup>1</sup> Subdirecció General d'Espectacles Públics i Activitats Recreatives, "Nota relativa als espectacles públics i activitats recreatives de caràcter extraordinari", 11/07/2011

<sup>2</sup> Article 2.2 LEPAR: "*Els principis generals i les finalitats últimes que inspiren aquesta llei, i que n'han de regir el desenvolupament i l'aplicació, són la convivència entre els ciutadans, la seguretat i la qualitat dels establiments.*"

<sup>3</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, J.Manuel i AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç; "*Derecho administrativo sancionador: Materiales*", Codecs, 1995 (pàg. 83 i següents)



En aquest sentit es va pronunciar la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya abans esmentada, en la qual afirmava el següent:

*“El argumento central de la actora es que sin la comisión de la infracción de ejercer una actividad diferente a la del objeto de la licencia no se hubiese podido incumplir la del horario de cierre, por tanto, según el razonamiento de la recurrente, la actividad más grave (ejercer una actividad diferente a la de la licencia) subsumiría la menos grave (incumplir el horario de cierre), toda vez que es una consecuencia de la primera. [...]*

*Ciertamente, la normativa catalana contenida en el Decret 278/1993, de 9 de noviembre, no prevé el concurso medial o ideal de infracciones pero esta previsión sí está contenida en el artículo 4.4 del Reglamento Nacional de 4 de agosto de 1993, que antes hemos citado.*

*Por lo demás, el concurso medial, es decir, la estrecha relación entre las infracciones de modo que la comisión de una de ellas es medio necesario para la comisión de la otra, ha sido previsto también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiéndose destacar una STS de 20 de mayo de 1999.*

*En estos casos, como es sabido la pena más grave absorbe a la inferior.” (FJ 10)*

El TSJ, en la sentència citada, afirmava que “conforme a las reglas que rigen el concurso medial de delitos la pena superior absorbe a la inferior pero con un matiz importante, [...] y es el de que de acuerdo con el apartado 2 del artículo 77 del Código Penal de 1995, en estos casos hay que aplicar la pena prevista para la infracción más grave pero en su mitad superior”. Val a dir que en aquest cas concret, s’havien sancionat les diverses infraccions comeses per separat, però el TSJ no va anul·lar les sancions perquè la seva suma era inferior a la sanció més greu en el seu grau màxim.

Actualment, la regulació penal per resoldre els concursos medials d’infraccions es troba a l’article 77.3 del Codi penal<sup>4</sup>, segons el qual “se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos”. En canvi, l’article 15.2 de l’Ordenança reguladora del procediment sancionador, aplicable d’acord amb el que preveu la disposició final segona del REPAR, al seu article 15.2 establia una solució que podem considerar potencialment més perjudicial per als infractors, en preveure que “s’imposaran per a cadascuna de les infraccions les corresponents sancions en el

---

<sup>4</sup> Article modificat per la Llei orgànica 1/2015, vigent des de l’1/7/2015



*seu grau mínim*" i que si la suma de les sancions imposades fos inferior a la sanció més greu en el seu grau màxim, s'imposaria aquesta.

Cal recordar que el Tribunal Constitucional va establir en el seu dia que *"los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador"* (STC 81/2000), i que per tant caldrà aplicar, en cas de dubte, aquella solució que sigui més beneficiosa per als interessats.

En aquest cas concret, doncs, ens hauríem d'inclinar per aplicar la solució al concurs medial oferta pel vigent article 77.3 del Codi penal, que limita la sanció màxima a l'import més baix de les dues opcions contemplades (la infracció més greu en grau màxim o la suma de les diverses infraccions comeses); posició que concorda amb l'adoptada pel TSJ en la sentència repetidament citada.

### **c. Expedients sancionadors només contra les infraccions menors**

És obvi que iniciar un expedient sancionador contra les infraccions que en el context d'aquest informe podem anomenar "menors" (incompliment de determinats requisits, com els rètols, en el funcionament d'activitats que no disposen de títol habilitant) sense incloure la infracció de major gravetat (l'obertura sense disposar de títol habilitant) és teòricament possible, atès que com s'ha afirmat anteriorment els incompliments dels requisits en aquests casos no deixen de ser, també, infraccions administratives, encara que siguin secundàries a la de major gravetat doncs de l'aplicació de les regles del concurs medial es desprèn que quedarien absorbides per aquesta última. A més, aquesta opció difícilment serà objecte de discussió en la pràctica, doncs sorprendria que els particulars sancionats per infraccions menors reclamessin la imposició d'una infracció de caràcter superior.

No hem d'oblidar, però, que l'actuació administrativa s'ha de regir tant pel servei amb objectivitat als interessos generals com pel principi de legalitat (article 31 Llei 26/2010) i, per tant, a la llum d'aquests principis haurem de valorar també aquest supòsit, plantejat a la consulta.

Hem de partir d'una premissa, i és que independentment de la incoació o no d'un expedient sancionador per la infracció consistent en exercir una activitat sense disposar del títol habilitant corresponent, cal adoptar en qualsevol cas les mesures necessàries perquè cessi aquesta activitat il·legal; per tal d'evitar que la sanció només per les infraccions "menors" tot i tenir coneixement de la manca d'habilitació de l'activitat, pugui generar una situació de



tolerància administrativa amb el seu desenvolupament o una presumpció de legalitat en aquells casos en què pugui ser dubtós l'àmbit de l'habilitació de què disposa l'establiment.

Segons l'article 54.1.a LEPAR:

*“No tenen caràcter sancionador: a) El tancament d'un establiment obert al públic o la prohibició o suspensió d'una activitat recreativa o d'un espectacle públic que no tenen la llicència o l'autorització corresponents, fins que no es restableixi la legalitat. Aquestes mesures poden ésser adoptades per l'administració competent en matèria d'inspeccions i sancions, després d'haver donat audiència a les persones interessades.”*

Dit això, la possibilitat de sancionar només per la norma “secundària” ha estat plantejada en algun cas per la doctrina<sup>5</sup> en casos de concurs de normes, no d'infraccions, doctrina que en principi s'inclina per donar una resposta afirmativa tot entenent *“que la secundaria es subsidiaria y que su sentido consiste cabalmente entrar en juego cuando la principal no se ha aplicado”*. Aquesta conclusió es podria aplicar també als casos de concursos d'infraccions com el medial, en què una infracció absorbeix la resta i, per tant, esdevé “principal”.

La mateixa doctrina, però, recorda que la sentència del Tribunal Suprem de 2/6/1986 (RJ\1986\4608) sosté la posició contrària, i anul·la la multa imposada en aplicació de la norma genèrica (*“perturbación del orden económico general”*, que pel seu caràcter més general era d'aplicació secundària) per entendre que la norma especial en matèria de contraban, és a dir la d'aplicació principal, és *“la única que puede aplicarse”*. Més enllà de les nombroses diferències fàctiques i jurídiques entre el cas tractat en aquella sentència i l'objecte d'aquesta consulta, el Tribunal Suprem afirmava aleshores que la imposició de la sanció que no corresponia en resoldre un concurs de normes és una vulneració del principi *non bis in idem*; sense que la impunitat de l'infractor en aquell cas concret (doncs l'Administració no li havia imposat cap sanció per la vulneració de la norma “principal”) sigui un argument suficient per impedir aquesta anul·lació: “no importa el hecho de que en este caso no se hayan seguido procedimientos por razón de contrabando, ya que la iniciación y persecución de los mismos no es potestativa para las Autoridades y funcionarios encargados de promover el castigo de las infracciones” (Cons.4).

Es vol posar de manifest que no es tracta d'un debat purament teòric, sinó que la pràctica diària podria donar lloc a la vulneració dels drets dels interessats en cas d'iniciar expedients sancionadors només contra les infraccions que estem anomenant “secundàries” o “menors”. Pensem per exemple en el cas en què, un cop tramitat, resolt i esdevingut ferm un expedient

<sup>5</sup> NIETO GARCIA, Alejandro; *“Derecho administrativo sancionador”*, Tecnos, 1993 (pàg. 384)



contra aquestes infraccions, s'iniciés dintre del termini de prescripció corresponent<sup>6</sup> un nou expedient contra la infracció de major gravetat, i s'imposés la sanció màxima atesa la concurrència de criteris de graduació oportuns. En un cas així, la infracció principal no hauria absorbit les sancions secundàries, ni s'haurien aplicat les regles per resoldre el concurs medial d'infraccions, causant en conseqüència un perjudici en les garanties dels interessats.

La incoació conjunta per a totes les infraccions té sentit tanmateix per evitar situacions com les esmentades anteriorment en aquest informe, en què la persona sancionada pugui concloure que la manca de sanció per la infracció principal comporta una tolerància per part de l'Administració en el funcionament de l'activitat, o un pronunciament tàcit d'habilitació per exercir l'activitat a l'empara del títol de què efectivament disposi l'establiment.

Per tant, hem de concloure respecte a aquesta última qüestió que des d'un plantejament de prudència jurídica, en casos com els esmentats a la consulta i amb independència de les mesures de cessament que s'adoptin (les quals no tenen caràcter sancionador, tal i com recorda l'article 54 LEPAR), és recomanable sancionar en tot cas també la infracció de caràcter principal, és a dir, aquella que ha estat el mitjà necessari perquè es produïssin les infraccions que podem considerar "secundàries" tot aplicant les regles del concurs medial d'infraccions com s'ha dit anteriorment; per tal d'evitar pronunciaments judicials en la línia del que s'ha citat al paràgraf anterior en què es consideri que caldria haver sancionat per la infracció que corresponia, és a dir, la de caràcter més greu i necessària per a la comissió de la resta d'infraccions, i que el fet de no haver imposat aquesta sanció comporti l'anul·lació de la resta per vulneració del principi *non bis in idem*.

### 3. Conclusions

- a) **Les condicions i requisits per al funcionament dels espectacles públics i les activitats recreatives són exigibles amb caràcter general i, per tant, també estan obligats al seu compliment les activitats que es desenvolupen sense títol habilitant.** En conseqüència, l'incompliment d'aquestes condicions i requisits suposa la comissió de les infraccions administratives corresponents.
- b) En aquells casos en què s'incoa un expedient sancionador per l'obertura de l'establiment sense disposar de títol habilitant i també per l'incompliment dels requisits aplicables al funcionament de l'activitat desenvolupada, en què a la vista dels fets concrets **es pugui**

---

<sup>6</sup> Aquesta referència a la prescripció d'aquesta infracció té sentit doncs assumim que l'activitat il·legal ha cessat; moment a partir del qual s'inicia el còmput corresponent.



**considerar que entre les dues infraccions existeix un concurs medial, es sancionarà únicament la infracció de major grau; i en determinar la quantia de la sanció imposada caldrà aplicar les regles del concurs medial d'infraccions contingudes a l'article 77.3 del Codi penal.**

- c) Si bé és jurídicament possible incoar expedients sancionadors exclusivament per les infraccions consistent en l'incompliment de les condicions de funcionament de l'activitat desenvolupada sense llicència, es recomana sancionar conjuntament totes les infraccions, inclosa la consistent en desenvolupar l'activitat o espectacle sense el títol habilitant corresponent, per tal d'aplicar degudament les regles de concurs medial esmentades.**

Vist i plau,

Xavier Silvestre i Castejon  
Lletrat consistorial

Manuel Mallo Gómez  
Director de l'Àrea de Règim Jurídic