

AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA ÁREA DE SERVICIOS OPERATIVOS NEGOCIADO DE FIESTAS
EXCELENTÍSIMO 24 JUN. 2017
DOC Nº: 393726
Concejala de Fiestas 1401

A la atención de Francisco de la Torre Prados, Alcalde del Ayuntamiento de Málaga

A la atención de Teresa Porrás Teruel, Teniente de Alcalde del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga

El pasado 20 de junio se celebró una reunión entre representantes del Ayuntamiento de Málaga y miembros del Sindicato de Estudiantes y Jóvenes por el Socialismo (El Militante). En dicha reunión, los representantes del Ayuntamiento plantearon que las casetas de ambas entidades debían tener un horario de apertura de 18 horas ininterrumpidas obligatoriamente, desde las 12'00 del mediodía a las 06'00 de la madrugada del día siguiente, sin que conste en normativa alguna dicho requisito y sin que se haya hecho comunicación escrita alguna a este respecto por parte de esta administración.

Desde ambas entidades queremos poner de manifiesto ante esta administración que no existe fundamento legal alguno que sostenga esta decisión, más bien al contrario, creemos que es una decisión contraria a derecho, y **SOLICITAMOS** que se nos comunique por escrito, con firma del funcionario o cargo competente, la inclusión de dicho requisito por el que se debe cumplir un horario obligatorio de apertura durante 18 horas ininterrumpidas, de cara a que podamos ejercer las acciones legalmente oportunas para defender nuestro derechos.

Que dicha obligación adicional por vía de hecho que se nos exige, comunicado verbalmente por el Ayuntamiento, es contrario a derecho y vulnera el principio de legalidad sobre la base de los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1) No existe en la normativa que regula la Feria de Málaga precepto alguno que establezca la obligación de que las casetas de feria deban tener obligatoriamente un horario diario de apertura de 18 horas ininterrumpidas. Así, en el artículo 28 apartado 1) de la Ordenanza Municipal de la Feria de Málaga (BOP núm. 137, de 19 de Julio de 2016) se establece textualmente lo siguiente: "*En relación con el horario de apertura, las casetas deberán permanecer abiertas durante todos los días de celebración de la Feria, pudiendo iniciar su apertura al público a las 12,00 horas y finalizando su actividad diaria a las 06'00 h. salvo los festivos y vísperas de festivos, que podrán ampliar el horario hasta las 07'00 h. (...)*". De la lectura del citado precepto se extrae de forma clara e inequívoca que se establece la obligación, a los adjudicatarios de las casetas, de permanecer abiertos todos los días de celebración de la Feria y finalizar su actividad diaria a las 06'00 h o a las 07'00 h. en festivos, pero sin que se establezca la obligatoriedad de abrir a las 12 del mediodía y, ni mucho menos, permanecer abiertos durante 18 horas ininterrumpidas. En éste sentido, la expresión **PUDIENDO** tiene sin duda alguna un carácter dispositivo y, por tanto, no hay amparo legal para que desde los responsables del Ayuntamiento se nos pretenda imponer una obligación adicional no sustentada en norma alguna, como es la consistente en permanecer abiertos diariamente 18 horas ininterrumpidas desde las 12 del mediodía hasta las 06'00 h. del día siguiente. Por tanto, no podemos entender lo que se nos ha comunicado verbalmente respecto a los horarios de apertura, salvo mala fe o intención de dictar a sabiendas una resolución injusta.

2) El Ayuntamiento, en la mencionada reunión del 20 de junio, nos manifestó que dicha obligación adicional sería incorporada en la propia adjudicación, algo completamente ilegal y ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. La adjudicación se concede sobre la base de la normativa existente al respecto, en este caso la Ordenanza de la Feria de 2016, sin que se puedan a posteriori establecer nuevos requisitos ajenos a la ordenanza, lo que supondría una clara violación del principio de legalidad. En la adjudicación del presente año se señala que las casetas “deberán permanecer abiertas durante todos los días de celebración de la Feria”, algo recogido en el apartado 1) del artículo 28 de la Ordenanza, añadiéndose a continuación que lo harán “en horario diurno y nocturno”. Este último aspecto carece de cualquier tipo de fundamento legal, ya que ninguna normativa hace referencia a dicho horario diurno y nocturno, comenzando por la propia Ordenanza de la Feria y continuando con el resto de leyes o normas reguladoras de horarios comerciales. Esta referencia supone generar por parte del Ayuntamiento una completa inseguridad jurídica, vulnerándose el principio de legalidad que debe acompañar cualquier actuación administrativa, e introduciéndose un requisito inexistente al momento de solicitar la correspondiente caseta. El Ayuntamiento de Málaga es plenamente consciente que la adjudicación no puede desplegar efecto legislativo alguno, tratándose de un acto meramente ejecutivo que debe estar sometido a derecho, es decir, a la normativa vigente al momento de realizarse la correspondiente solicitud, cumpliéndose así además el principio de irretroactividad de las leyes.

3) Que la normativa de horarios comerciales, tanto en la legislación estatal como en la normativa autonómica, se rige por el principio de **LIBERTAD DE HORARIOS**, estableciéndose en el artículo 1º la **Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales**, “que cada comerciante determinará con plena libertad el horario de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías”, e indicándose en el artículo 16 del **Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía** que “el horario de apertura y cierre de locales comerciales en días laborables y domingos y festivos de actividad autorizada, será libremente acordado por cada comerciante, respetando, en todo caso, los límites máximos establecidos en este texto refundido que sean de aplicación”. En ambas leyes se establece en todo caso un horario máximo de 90 horas semanales, no existiendo resquicio alguno para interpretar que ninguna administración tenga potestad para establecer un horario mínimo obligatorio superior al horario máximo establecido por la Ley, y mucho menos de 18 horas al día y 126 horas a la semana. La obligación adicional que se nos pretende imponer por los representantes del Ayuntamiento de Málaga, supondría establecer un horario mínimo y obligatorio, casi un 30% superior a las horas máximas semanales permitidas en la apertura de los comercios. La administración tiene potestad en supuestos especiales para aumentar dichas horas máximas, pero no puede establecer su obligatoriedad. En toda la normativa existente al respecto se establecen parámetros, hora máxima de cierre, número máximo de horas de apertura, franjas horarias de apertura y cierre, pero nunca un criterio tan restrictivo e ilógico como el que pretende esta administración, y nunca un horario de apertura obligatorio que cubra la totalidad del parámetro establecido. Esta actuación del Ayuntamiento supone una injerencia excesiva que anula en la práctica el principio de libertad de horarios y de libre competencia, y que supone la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra Jurisprudencia con rango constitucional, derivado del artículo 9.3 de la Carta Magna.

4) El principio de libertad de horarios, vinculado al principio de libre competencia, permite a los interesados, dentro de unos parámetros y de conformidad con un marco normativo básico, adaptar sus horarios a sus necesidades y circunstancias específicas, teniendo en cuenta sus recursos materiales y de personal, así como el tipo de producto u ocio en este caso ofrecido y las características de su clientela. Es así como hasta ahora ha funcionado lógicamente la Feria, con casetas que abren más tarde, como en nuestro caso, y otras que cierran antes, a las doce o una de la madrugada. Dicha variedad responde a los distintos tipos de ocio y servicios ofrecidos por cada caseta, garantizándose una oferta diversa. De conformidad a lo comunicado ahora por los responsables del Ayuntamiento, el conjunto de las casetas debería funcionar ininterrumpidamente 18 horas desde las 12 del mediodía a las 6 de la madrugada del día siguiente. Obligar, como pretenden los responsables del Ayuntamiento de Málaga por vía de hecho, a cumplir un horario máximo de este tipo no solo resulta ilegal a todos los efectos, contrariando los principios de nuestro ordenamiento jurídico y la normativa tanto autonómica como estatal y la propia municipal, sino que podría suponer una actuación ilícita por parte de los citados responsables del Ayuntamiento, excediéndose notoriamente en sus funciones de intervención y control.

5) A día de hoy el tipo de jornada se regula exclusivamente en la normativa laboral, ya que a través de la misma se establece una diferenciación entre trabajo diurno y trabajo nocturno, estableciéndose una serie de requisitos especiales en este último caso tanto a nivel de condiciones laborales como de salario. La jornada diurna es la que se desarrolla entre las 06'00 y las 22'00. Dicha distinción tiene especial importancia a los efectos de que su cumpla la normativa laboral correspondiente. En caso de establecerse la existencia de dos jornadas diferenciadas en la Feria de Málaga deberá acogerse el Ayuntamiento a este marco normativo, estableciéndose el comienzo de la jornada nocturna a las 22'00.

6) Por último destacar que una obligación adicional por vía de hecho y sin amparo legal como la que pretende realizar este ayuntamiento, completamente abusiva y arbitraria, supone, no solo para nosotros, sino en general, eliminar cualquier tipo de margen de actuación, afectando a todas las entidades participantes en la Feria. Muchas asociaciones sin ánimo de lucro, como las nuestras, pueden carecer de voluntarios suficientes para poder cubrir turnos durante 18 horas ininterrumpidamente, pero también afectará a los propios locales comerciales, que deberán incrementar la contratación de personal, pagando sus respectivas cotizaciones a la Seguridad Social. Tanto para voluntarios como para trabajadores de la Feria dicho horario y su estricto cumplimiento ininterrumpido supone un grave riesgo para la salud, especialmente durante el verano con temperaturas en muchos casos insoportables, fomentando además actuaciones que pueden considerarse ilícitas. Asimismo, ante la posibilidad de un riesgo para la salud de los voluntarios y trabajadores de la Feria, y que podría transgredir la actual legislación laboral, hemos informado pertinentemente a las principales organizaciones sindicales de la ciudad de Málaga y estamos en coordinación con ellas para adoptar las medidas legales oportunas que se puedan derivar de mantenerse estas condiciones por parte del Ayuntamiento.

Por todo ello,

SOLICITAMOS que el Ayuntamiento de Málaga conteste por escrito a la presente instancia, y **EXIGIMOS**, que en cumplimiento de la más estricta legalidad, se nos

