

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REVOCACIÓN DE LICENCIA DE APERTURA. BAR.

Imprudencia.

Incumplimiento reiterado de horario no es condición de instalación.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Javier Oliván del Cacho

En Zaragoza, a cuatro de julio de 2011.

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Zaragoza, habiendo visto el procedimiento ordinario 371/2010, en el que ha sido actora F.,S.L., representada por Doña L.S.T., Procuradora, con asistencia del Letrado D. P.C.H. y como demandado el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por Doña S.S.S., Procuradora, con asistencia del Sr. Letrado Consistorial, siendo objeto del recurso el acuerdo de 15 de septiembre de 2010.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 24 de septiembre de 2010, Doña L.S.T., Procuradora de los Tribunales y de la mercantil F.,S.L., presentó recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 15 de septiembre de 2010.

SEGUNDO.- Mediante escrito registrado el día 7 de febrero de 2011, se presentó demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia por la que se anule la resolución impugnada, declarando no ser ajustada a Derecho.

TERCERO.- Con fecha 24 de febrero de 2011, se presentó escrito de oposición a la demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia desestimatoria.

CUARTO.- Practicada la prueba admitida por este Juzgado presentados los correspondientes escritos de conclusiones, los Autos quedaron conclusos para Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la revocación de la licencia de funcionamiento concedida la mercantil recurrente por incumplimiento de las condiciones previstas en la misma.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

1.- El día 28 de junio de 2010, la Policía Local formuló informe, en el que se expresó:

"El establecimiento L.L., sito en C/ Santa Isabel 5, cuenta con licencia de funcionamiento 331302 como bar con equipo musical del Grupo I, concedida por resolución de 09/03/2009 cuyo titular es F.,S.L. (...). Presenta una limitación en el funcionamiento del equipo musical, no podrá estar conectado más allá de las 23:00 horas de domingo a jueves, y hasta las 00:00 en viernes, sábados y visperas de festivos.

Desde mediados del mes de marzo de 2010 este establecimiento ha comenzado a ejercer como after, incumpliendo la prohibición de funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas y después de las 00:00 horas. De las 21 denuncias formuladas hasta la fecha, 16 tienen relación con los hechos expuestos.

Cabe citar que una vez interpuestas estas denuncias se indica al responsable del establecimiento que debe proceder a desconectar el equipo musical, orden que han desobedecido en dos ocasiones, lo que ha supuesto sendas denuncias administrativas por desobediencia, al amparo de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Denuncias de funcionamiento como "after", con equipo musical en funcionamiento: día 14/03/10 a las 8:10 horas; día 20/03/10 a las 7:45 horas; día 27-03-10 a las 8:30 horas; día 28-03-10 a las 8:20 horas; día 01-4-10, a las 8:20 horas; día 2-04-10 a las 9:00 horas; día 3-04-10, a las 8:40 horas; día 4-10 a las 8:10 horas; día 13-06-10 a las 9:00 horas; día 19- 06-10 a las 7:50 horas; día 20-06-10 a las 7:50 horas; día 26-6-10 las 8: horas; y día 27-06-10 a las 8:20 horas.

Constan además las siguientes denuncias:

-Día 13/06/10 a las 9:15 horas, incumplimiento de las condiciones de seguridad, acústica, higiénicas y de sanidad. Presenta carencia de aptitud de un extintor de incendios de CO2, caducado desde 05/09.

-Día 13/06/10 alas 9:15 horas, carece de lista de precios,

-Días 13/06/10 a las 9:15 horas, incumplimiento de la obligación de tener suscritos los contratos de seguro exigidos por la Ley.

-Día 26/06/10 a las 00:10 horas, incumplimiento de las condiciones de la licencia, equipo musical en funcionamiento a partir de las 00:00 horas.

-Día 27/06/10 a las 2:50 horas, incumplimiento de las condiciones de la licencia, equipo musical en funcionamiento a partir de las 00:00 horas.

Por las desobediencias antes descritas a los agentes se formularon denuncias al artículo 26 h) de la Ley 1/1992, de Protección de Seguridad Ciudadana, los días 19/06/10 a las 8:10 horas y 20/06/10 a las 8:00 horas.

Como culminación a los incumplimientos de funcionamiento, y abundando en la absoluta falta de consideración por la normativa vigente, los días 19 y 20 de junio de 2010, y tras la realización de las correspondientes denuncias administrativas a los encargados del establecimiento por incumplimiento de las condiciones de la licencia (funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas) y por desobediencia, al amparo de la Ley 1/1992 de Protección de Seguridad Ciudadana, se procedió a la instrucción de sendos Atestados por la Unidad de Policía Judicial de la Policía Local (...) por desobediencia a los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, al constatarse la negativa manifiesta a la desconexión del equipo musical.

Todo lo expuesto refleja un incumplimiento sistemático de la normativa al realizar periódicamente la actividad de AFTER, que como puede observarse en el listado de denuncias se realiza todos los fines de semana; salvo el periodo comprendido entre primeros de abril y mediados de junio en que el establecimiento permaneció cerrado (...)"

2.- Al folio 5 obra escrito del Justicia de Aragón, de 14 de octubre de 2008

3.- A los folios 6 al 17 figuran partes de denuncias.

4.- Al folio 18 figura informe tras la notificación de inicio de expediente de revocación de licencia al Bar L.L., de fecha 6 de julio de 2010. En concreto, se da cuenta de las siguientes denuncias tras el informe anterior:

"Día 03/07/2010 a las 8:10 horas, incumplimiento condiciones de la licencia, equipo musical en funcionamiento antes de las 12:00 horas (PRESENTAN COMO RESPONSABLE DEL LOCAL A UNA PERSONA QUE NO FIGURA DADA DE ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL).

Día 04/07/2010 a las 7:45 horas, incumplimiento condiciones de la licencia, equipo musical en funcionamiento antes de las 12:00 horas.

Día 04/07/2010 a las 7:50 horas, exceso de aforo, en el momento del recuento, hay casi el doble de personas en el interior de lo que permite la licencia.

Día 4/07/10 a las 7:50 horas, denunciada administrativamente a la responsable del local por desobedecer las órdenes de los agentes de policía local en lo relativo a quitar el equipo musical y desalojar el bar hasta el cumplimiento del aforo correcto.

Así mismo el día 4/07/10 se denuncia penalmente a la responsable del local por DESOBEDIENCIA, dado que hace caso omiso a la denuncia administrativa para someter la actividad a lo establecido en la licencia.

Día 10-07-10 a las 8,05 horas, denuncia por exceder las condiciones de la licencia, el bar está abierto al público con el equipo musical encendido.

Día 11-07-10 a las 8,00 horas, denunciado por incumplir las condiciones de la licencia, el bar se encuentra abierto al público con el equipo musical encendido, se indica a la responsable del local que debe apagar el equipo musical para ejercer la actividad de acuerdo a lo preceptuado en su licencia.

Día 11-07-10 a las 9,00 horas se formula denuncia administrativa por desobediencia de la encargada del bar dado que hace caso omiso a la indicación de los agentes de apagar la música

Así mismo indicar que en todas las ocasiones en que se han formulado boletines de denuncia por exceder incumplir las condiciones de la licencia el bar se encontraba abierto al público con el equipo musical encendido, luz ambiental tenue, luces de colores, música a volumen alto, siendo necesario pagar entrada de 10 € para acceder al interior del local (...)”.

5.- A los folios 21 al 30 obran nuevos partes de denuncias.

6.- Previa propuesta, el Consejo de Gerencia, en sesión de 20 de julio de 2010, resolvió iniciar el procedimiento de revocación de la licencia.

7.- Con fecha 3 de septiembre de 2010, se emitió nuevo informe. por parte de la Policía Local, donde se daba cuenta de las nuevas denuncias (folio 40):

“Día 18/07/10 a las 7:55 horas, incumplimiento de las condiciones de la licencia, funcionamiento de equipo musical antes de las 12:00 horas.

Día 24-07-10 a las 8:00 horas, funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas

Día 1-08-10 a las 8:20 horas, funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas.

Día 08-08-10 a las 8:00 horas, funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas

Día 15-08-10 a las 7:55 horas, funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas

Día 21-08-10 a las 8:20 horas, funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas

Día 22-08-10 a las 8:10 horas, funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas

Día 29-08-10 a las 7:40 horas, funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas

Cabe destacar además denuncias efectuadas los días 18-07-10 a las 7:55 horas y 29-08-10 a las 9 horas, por desobediencia a los agentes actuantes, ya que una vez realizada la denuncia por incumplimiento de las condiciones de la licencia son advertidos de que deben cesar la actividad. Como quiera que desoyen estas indicaciones, se formula a los responsables del local denuncia administrativa por desobediencia, tramitada a la Delegación del Gobierno en Aragón en virtud del artículo 26.h) de la Ley 1/92 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

El día 24 de julio por parte de componentes de esta Unidad se instruyen diligencias penales contra los responsables del establecimiento, recogidas en atestado nº 125642 de la Comisaría de Centro del Cuerpo Nacional de Policía, por un presunto delito de comunicación pública de obra musical por medio de copia sin autorización del titular del derecho, tipificado en los artículos 270 y siguientes del Código Penal. Se intervienen ordenador portátil, platos de mezcla y ecualizador, precintándose en el establecimiento un reproductor musical y dos amplificadores.

De la misma forma en que se informaba en escritos anteriores, persiste el incumplimiento sistemático de la normativa a realizar de forma continua la actividad de AFTER (...)”.

8.- Previa propuesta, se dictó acuerdo del Consejo de Gerencia de fecha 15 de septiembre de 2010 del siguiente tenor:

“Primero.- Revocar la licencia de apertura cuyo titular es la entidad mercantil denominada F.,S.L., para ejercer la actividad de Bar sita en la C/ Santa Isabel nº 5 y con rótulo de establecimiento L.L.

El establecimiento tiene otorgada la licencia de apertura para ejercer la actividad de BAR CON EQUIPO DE MÚSICA por acuerdo del Consejo Municipal de la Gerencia de Urbanismo de fecha 6 de julio de 2004. El actual titular, la

entidad mercantil F., en virtud, del cambio de titularidad del que tuvo conocimiento el Consejo Municipal de la Gerencia de Urbanismo en la sesión celebrada el 9 de marzo de 2010

Segundo.- Según constató la Unidad de Protección Ambiental y Consumo de la Policía Local mediante informe de fecha 28 de junio de 2010, el establecimiento ejerce desde marzo del presente como un incumpliendo la prohibición de conectar el equipo de música antes de las 12:00 horas del mediodía, acumulando hasta la fecha más de 20 denuncias por este hecho.

El establecimiento ha sido denunciado en numerosas ocasiones por infracciones que suponen un incumplimiento de las condiciones de seguridad, sanidad y calidad acústica y entre las que se encuentra superar el aforo permitido, tener instalado un extintor caducado desde mayo de 2009 e incumplir la obligación de tener suscritos los seguros obligatorios. Todo ello supone poner en riesgo tanto para la clientela como para los trabajadores por cuenta ajena que pudieran encontrarse en el local.

La Policía Local indica que en distintas ocasiones han sido denunciados por desobedecer los mandatos de los agentes una vez realizada la pertinente denuncia por exceso de horario lo que hace patente que el funcionamiento del establecimiento es el de un after hours.

Posteriormente la Unidad de Protección Ambiental y Consumo emite un segundo informe de fecha 6 de julio de 2010 que viene a constatar que el establecimiento continúa en la misma línea de incumplimiento sistemático de las prescripciones del ejercicio de la licencia.

Especialmente, relevante, además de tener conectado el equipo de música antes de las 12:00 del mediodía prácticamente todos los fines de semana, es la desobediencia a desalojar el establecimiento cuando el público duplicaba el aforo permitido.

Tercero.- Por todo ello y mediante acuerdo del Consejo Municipal de la Gerencia de Urbanismo de fecha 20 de julio de 2010, se inicia expediente de revocación de licencia en virtud del art. 19.2 de la Ley 11/05 de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos.

Estamos ante un procedimiento que tiene por objeto restablecer la legalidad urbanística por tanto evitar las molestias y riesgos que supone el ejercicio de una actividad que no respeta las prescripciones de ejercicio impuestas por su licencia.

Cuarto.- La Unidad de Protección Ambiental y Consumo vuelve a informar el día 3 de septiembre de 2010 que el establecimiento persiste en su funcionamiento como afterhours acumulando desde que se le comunica el tramite de audiencia (29 de junio de 2010) unas 18 denuncias que corresponden a todos los fines de semana del mes de agosto.

Por el funcionamiento del equipo musical antes de las 12:00 horas se levantan actas correspondientes a los días 1, 8, 15, 21, 22 y 29 de agosto de 2010. También se denunció penalmente al encargado del establecimiento los días 1, 18 y 29 de agosto al negarse a obedecer a los agentes actuantes cuando éstos le advirtieron que debían cesar la actividad”.

TERCERO.- En la demanda, el Sr. Letrado de la mercantil recurrente parte de que la actividad contaba con licencia de apertura otorgada el día 9 de marzo de 2010, cuya revocación se ha justificado con base en que el establecimiento ejercía como “after hours” y tenía el equipo de música encendido antes de las 12 horas.

A partir de estos datos, se defiende, en primer lugar, que se ha vulnerado el principio de legalidad y de seguridad jurídica, al haberse aplicado de forma incoherente (según se dice) el ordenamiento jurídico en concreto, se argumenta que el art.19.2 de la Ley 11/2005 (aplicado por la Administración) se refiere al incumplimiento “en cuanto a los medios materiales, instalaciones en virtud de los cuales se concedió la licencia”.

Por otro lado, se critica que la muy severa medida de revocación de la licencia se base en meras denuncias, entendiéndose, además, que debía haberse seguido el procedimiento sancionador.

Asimismo, se trae a colación el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

Desde otra perspectiva, en la Demanda se enjuicia negativamente lo que se califica como una ausencia de motivación, apreciándose una vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de presunción de inocencia.

Ya, en el escrito de conclusiones, la representación de la actora ha declarado que le resolución recurrida incurre en nulidad de pleno derecho, en cuanto que “los requisitos o condiciones en virtud de los cuales se concede la licencia son técnicos recogidos en el Proyecto presentado y autorizado”.

Frente a estas consideraciones, el Sr. Letrado Consistorial, con amplia cita jurisprudencial, ha recordado que la licencia de autos constituye una licencia de funcionamiento, que permite un constante control por parte de la Administración.

También, rechaza la aplicabilidad del procedimiento sancionador (en atención a la naturaleza del acto impugnado) y declara que existe una motivación más que suficiente para adoptar la decisión ahora objetada por la parte actora. Finalmente, se ha hecho referencia a precedentes de otros Juzgados que militarían a favor de las posiciones municipales.

CUARTO.- Para resolver esta litis, conviene recoger el precepto invocado por la Administración para acordar la revocación de la licencia. En efecto, el art. 19.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma, reza así: “2.- *El incumplimiento de los requisitos o condiciones en virtud de los cuales se concedió la licencia, en especial, en lo relativo a inspecciones o comprobaciones periódicas o a la falta de adaptación a las medidas y condiciones introducidas por normas posteriores que prevean dicha adaptación, en los plazos que en las mismas se establezcan, una vez requeridos los titulares, determinarán la inmediata revocación de la licencia, previa tramitación de procedimiento con audiencia del interesado*”.

En opinión de este Juzgado, este precepto debe interpretarse sistemáticamente con el Art. 6 de la misma norma legal, referido a las “condiciones técnicas” y que tiene la siguiente literalidad:

“1.- Los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos deberán reunir las condiciones necesarias de seguridad, salubridad e higiene para evitar molestias al público asistente y a terceros, y, en especial, cumplir con aquellas que establecen la legislación de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y la legislación del ruido.

2.- Las anteriores condiciones deberán comprender necesariamente, entre otras, las siguientes materias:

a.- Seguridad para el público asistente, trabajadores, ejecutantes y bienes.

b.- Solidez de las estructuras y de funcionamiento de las instalaciones.

c.- Garantía de las instalaciones eléctricas.

d.- Prevención y protección de incendios y otros riesgos inherentes a la actividad, facilitando la accesibilidad de los medios de auxilio externos.

e.- Salubridad, higiene y acústica, determinando expresamente la necesaria insonorización de los locales para evitar molestias a terceros de acuerdo con lo que dispone la legislación sobre el ruido.

f.- Protección del medio ambiente urbano y rural.

g.- Accesibilidad y disfrute para personas discapacitadas, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, y que posibiliten el disfrute del espectáculo o el acceso a la actividad recreativa y a los establecimientos públicos por parte de personas discapacitadas.

h.- Plan de autoprotección y emergencias según las normas de autoprotección en cada momento”

Y es que, en opinión de este órgano judicial, el art. 19.2 debe interpretarse en el sentido de posibilitar la revocación de la licencia, de modo principal, cuando los requisitos y condiciones de la instalación o emplazamiento supongan un incumplimiento de los niveles de seguridad, salubridad e higiene (incluyendo los factores aludidos en el reseñado artículo 6, como es el respeto a la legislación acústica, a la normativa en materia de accesibilidad de personas discapacitadas o a la obligatoriedad de contar con un seguro en los términos impuestos legalmente). Sin

embargo, resulta su aplicación más forzada cuando nos encontramos ante un ejercicio ilícito de la actividad, como sería el funcionamiento del local fuera del horario permitido. A esta interpretación también coadyuva lo dispuesto en el art 17.4 de la Ley de constante mención cuando dispone que “el incumplimiento de los requisitos y condiciones en que fueron concedidas las licencias de funcionamiento determinará la suspensión cautelar de la actividad, que devendrá en revocación definitiva de las mismas si en el plazo máximo de tres meses, y a través del procedimiento correspondiente, el interesado no justifica el restablecimiento de los condicionamientos que justificaron su concesión”. Parece, por tanto, que un ejercicio ilícito de la actividad, al margen de los requisitos y condiciones de la instalación, debería (al menos, preferentemente) ser objeto de represión a través del ejercicio de la potestad sancionadora y de sus medidas provisionales (arts. 42 y siguientes de la Ley 11/2005).

Sentado lo anterior, si se observan las denuncias relacionadas en el expediente, se podrá comprobar que la mayoría de ellas se refieren esencialmente a un problema de incumplimiento del horario previsto (aunque ciertamente grave, en atención al irregular funcionamiento del local en un horario francamente extemporáneo), pero no a las referidas condiciones de la instalación (aunque también existen denuncias en relación con la ausencia de seguro o con la existencia de un extintor caducado, que se inscribirían dentro de las condiciones de seguridad de la instalación).

De ahí que, sin perjuicio del posible ejercicio de la potestad sancionadora y de la eventual adopción de medidas provisionales (si procedieren), el principio de proporcionalidad (ex art. 84 de la Ley de Bases de Régimen Local) debe llevar a anular la revocación de la licencia, puesto que, a la vista de que la mayoría de las denuncias hacen referencia al ejercicio de la actividad y no a las condiciones de la instalación, hubiera sido más coherente con dicho principio adoptar, por ejemplo, una suspensión de la licencia del art. 17.4 de la Ley 11/2005, hasta que, por ejemplo, se acreditara la suscripción del contrato de seguro preceptivo o la adecuada instalación de extintores.

En este punto, puede servir de referencia (en orden a la aplicación del principio de proporcionalidad frente a determinadas actividades) la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1998, EDJ 21766, en cuanto anuló la retirada de un surtidor de gasolina por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, al no haber permitido adaptar el establecimiento a una nueva normativa. En nuestro caso, como se ha dicho, la mayor parte de las denuncias (aunque reflejan una grave situación de incumplimiento de la legislación) se sitúan dentro del ejercicio ilícito de la actividad (y no propiamente de las condiciones intrínsecas de la instalación autorizada), por lo que el principio de proporcionalidad hacía que fuera más adecuada una medida de suspensión (en relación a los problemas de la instalación) que una terminante medida de revocación; todo ello, sin perjuicio, además, de que el ejercicio fuera del horario establecido o con exceso de aforo hubiera podido ser objeto del ejercicio de la potestad sancionadora (incluidas, en su caso, las correspondientes medidas provisionales).

Finalmente, debe anotarse, de modo *obiter dicta*, que este Juzgado, aunque anula el acto impugnado, considera aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a la obligación de soportar el daño causado por un acto anulado, cuando una Administración dicta un acuerdo interpretando conceptos jurídicos indeterminados (así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009, EDJ 2009/234778). Ello es especialmente cierto ante la falta de colaboración de los responsables del local, falta de colaboración que, en las denuncias de los Agentes de la Autoridad, se establece con toda claridad y que constituye un dato también a tener en cuenta en un expediente que, a mayor abundamiento, y como ha indicado el Letrado Municipal, no presenta naturaleza sancionadora.

QUINTO.- No se hace especial pronunciamiento en materia de costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

PRIMERO.- Se estima sustancialmente el recurso contencioso-administrativo 371/2010 interpuesto por F.,S.L. contra el acuerdo de fecha 15-09-10 del Ayuntamiento de Zaragoza, que se anula, al no ser conforme a Derecho, sin perjuicio de que puedan incoarse, si procediere, los correspondientes expedientes sancionadores, adoptar las medidas provisionales o acordar la suspensión de la actividad en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Cuarto de esta Sentencia.

SEGUNDO.- No se hace especial pronunciamiento en materia de costas.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.