

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REVOCACIÓN. LICENCIA DE APERTURA. BAR.

Posible error procedimental no entidad suficiente para nulidad resolución. Indefensión inexistente. Incumplimiento de la licencia de apertura. Prueba con la documentación aportada y en propia resolución administrativa.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis Carlos Martín Osante

En ZARAGOZA a veintiocho de julio de dos mil nueve

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de ZARAGOZA los presentes autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 469 2008-A2 instados por G.,S.L., representado por la Procurador SRª M. y siendo demandado D. J., AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por D. J. y Dª N.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11/12/2008 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta ciudad, escrito de interposición de PROCEDIMIENTO ORDINARIO en el que se formuló recurso contencioso-administrativo por la representación procesal y defensa de G.,S.L., la resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 28/11/2008 por la que se da por enterado del cambio de titularidad de la licencia de apertura a favor de la entidad mercantil G.,S.L., para ejercer la actividad de Bar incluido en el Grupo I, con equipo de música, de la O.M. de distancias mínimas y zonas saturadas sita en c/ Jussepe Martínez nº 7 "Bar A.", y conjuntamente revocar la licencia por reiterado incumplimiento de las prescripciones incluidas en el otorgamiento de la misma, expediente administrativo nº 132.064/08.

SEGUNDO.- Mediante providencia se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración.

Mediante auto dictado con fecha 12/12/2008 denegó la petición de **medidas cautelares** formulada mediante otrosí digo de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

Una vez recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

Durante la tramitación del procedimiento compareció en los autos D. J., en calidad de copropietario del inmueble donde se ejerce la actividad.

TERCERO.- Mediante auto dictado con fecha 5/5/2009 se fijó la cuantía del presente procedimiento en indeterminada y se recibió el proceso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en autos, y una vez formuladas las conclusiones con fecha 2/7/2009, quedó el juicio visto para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso- administrativo.- El presente proceso tiene por objeto el recurso contencioso-administrativo formulado

por G.,S.L., la resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 28/11/2008 por la que se da por enterado del cambio de titularidad de la licencia de apertura a favor de la entidad mercantil G.,S.L., para ejercer la actividad de Bar incluido en el Grupo I, con equipo de música, de la O.M. de distancias mínimas zonas saturadas sita en c/ Jussepe Martínez nº 7 "Bar A.", y conjuntamente revocar la licencia por reiterado incumplimiento de las prescripciones incluidas en el otorgamiento de la misma, expediente administrativo nº 132.064/08.

En el suplico de la demanda se insta por la parte recurrente se dicte Sentencia por la que anule la Resolución impugnada, declarando no ser ajustada a derecho; con expresa imposición de costas a la administración.

SEGUNDO.- Sobre el procedimiento administrativo. Por la parte recurrente se alega como primer motivo de impugnación la vulneración procedimental por el Ayuntamiento de Zaragoza para dictar la resolución de revocación de la licencia de apertura por reiterado incumplimiento de las prescripciones incluidas en el otorgamiento de la misma.

Con carácter previo, hay que tener en cuenta que por el Ayuntamiento de Zaragoza se ha hecho uso de la potestad prevista en el art. 19.2 de la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma, que dispone lo siguiente:

*“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, **determinará la inmediata revocación de la licencia**, previa tramitación de procedimiento con audiencia del interesado.”*

Pese a que por la parte recurrente se pretende la aplicación de un procedimiento sancionador en sentido estricto, lo cierto es que tales consideraciones no se ajustan plenamente al contenido del art. 19.2, que alude a la “inmediata” expresión que alude a la celeridad que se exige a la actuación administrativa revocación de la licencia, exigiéndose eso sí, la audiencia del interesado.

De un atento examen del procedimiento administrativo se desprende que sí se concedió un plazo de audiencia a G.,S.L., respecto de la revocación de la licencia de apertura.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Jurisprudencia considera que el defecto de forma carece en sí mismo de virtud invalidante: su naturaleza es claramente instrumental y sólo adquiere relieve cuando realmente incide en la decisión de fondo. El principio de economía procesal exige que el defecto formal desvirtúe por completo el fondo y contenido del acto y produzca indefensión del interesado; ésta es la situación en que queda el titular de un derecho o interés discutido cuando se ve imposibilitado para obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa y es requisito indispensable para que se produzca la anulabilidad. La Jurisprudencia exige, finalmente, que el vicio de forma haya incidido en la decisión de fondo, alterando su sentido en perjuicio del interesado; es decir, que si se estimase que el resultado final hubiese sido el mismo que en el supuesto de no concurrir defectos formales, no procede la nulidad, y ello en aras del principio general de economía procesal que exige no repetir actuaciones procedimentales inútiles y en todo caso innecesarias.

Ciertamente, en el caso que nos ocupa no se ha indicado por la parte recurrente en qué se ha menoscabado su derecho de hacer valer sus alegaciones o mecanismos de defensa frente a la actuación administrativa. Y es más, en el presente procedimiento ha formulado medios de prueba para articular su defensa.

A la vista de todo lo anterior, cabe entender que el posible error procedimental no tiene entidad suficiente para producir la nulidad de la resolución recurrida, dado que G.,S.L., ha tenido cabal conocimiento de los hechos que se consideran acreditados, así como de los preceptos legales aplicados. Así que el problema lo ha planteado siempre como una cuestión puramente formal, sin manifestar nunca qué indefensión de fondo ha sufrido por ello y sin aclarar qué

argumentos sustantivos hubiera podido alegar que no haya podido después utilizar en esta vía contencioso-administrativa. Esta es la única indefensión real que hubiera originado la anulación del acto recurrido y no aquella derivada de la mera alegación del incumplimiento de una forma procedimental desconectado de sus consecuencias materiales.

TERCERO.- Sobre los incumplimientos de la licencia de apertura en relación con el Bar A. De un atento examen del expediente administrativo, de los documentos aportados y en especial de la resolución impugnada, debe hacerse notar que la conducta desarrollada en el establecimiento "A." respecto de la que ha actuado el Ayuntamiento de Zaragoza supone una grave lesión del interés público y del interés de terceros. Así consta en la resolución que se han producido solo en el año 2008 un total de 48 denuncias por incumplimientos diversos no solo de horario o de música de forma indebida, sino también de aforo, lo cual resulta especialmente peligroso para los propios usuarios del establecimiento, y de tolerancia del consumo de sustancias tóxicas o sicotrópicas.

Hay que tener en cuenta que la realidad del comportamiento desarrollado en el establecimiento "A.", como se indica en la resolución impugnada, no es la de la licencia de apertura de la que dispone el mismo, un simple Bar del Grupo I, sino la propia de una "after hours".

Precisamente en el procedimiento ordinario 336-08-P de este Juzgado se dictó auto de 2 de octubre de 2008 por el que se la medida cautelar adoptada mediante auto dictado con fecha 8/8/2008 (y su precedente auto dictado con fecha 5/8/2008) de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido debido a variados incumplimientos del establecimiento (Ayuntamiento de Zaragoza, Servicio de Disciplina Urbanística, expediente administrativo 268546/2008).

En la resolución recurrida se plasman las acertadas consideraciones que sirven de base a la decisión de revocación de la licencia de apertura, y que se constatan con la prueba del expediente administrativo y del presente proceso:

"La segunda norma de aplicación será la O.M. para la protección contra ruidos y vibraciones. Esta ordenanza limita el ejercicio de la actividad atendiendo a los niveles de inmisión e insonorización de los establecimientos. En concreto el art. 32.b, cuyo cumplimiento queda certificado, permite ejercer la actividad con una salvedad y es que el equipo de música debería estar desconectado a partir de las 23:00 horas y de las 0:00 horas los viernes y vísperas de festivo. Realmente esta prescripción sería incluida al formalizarse el cambio de titularidad, procedimiento que se aprovecha para realizar una adaptación del local a la O.M. para la protección contra ruidos y vibraciones.

Lo que es relevante es la limitación en el horario de cierre (independientemente de que funcione el equipo de música) establecida por la O.M. de distancias mínimas, y zonas saturadas que incluye este establecimiento en el "grupo I con equipo de música" (art. 3.2) y por ello el horario será el establecido de forma genérica por la Ley 11/2005 es decir: entre las 6:00 a la 1:30 (viernes y vísperas de festivo hasta las 2:30) ampliable en media hora siempre que no se sirvan consumiciones ni funcione el equipo de música. Además el art. 3.2.b) en su párrafo 3º establece una nueva limitación de manera que el equipo de música no podrá funcionar antes de las 12:00 del mediodía.

Uno de los objetivos que persigue la Ley 11/05 es eliminar los popularmente denominados "after hours", establecimientos que empezaban a ejercer la actividad de discoteca por las mañanas permitiendo prácticamente enlazar la noche del viernes con la mañana del domingo. La O.M. de distancias mínimas y zonas saturadas se aprueba precisamente en el mismo sentido que la Ley Autonómica y es por eso que incluye la limitación en el uso del equipo de música antes de las 12:00 del medio día. Intenta así evitar que establecimientos incluidos en el grupo I (normalmente bares y cafeterías) puedan acabar transformándose en "after hours" amparados en una licencia que les permite abrir a partir de las 6:00 horas.

De forma resumida y por mandato directo de la normativa aplicable, el establecimiento que nos ocupa podría funcionar entre las 6:00 y las 2:30 horas pero solo entre las 12:00 y las 2:30 podría estar conectado el equipo de música. Posteriormente y con la tramitación del presente cambio de titularidad la utilización

del equipo de música quedaría limitada entre las 12:00 y las 0:00 horas.

Quinto.- Queda demostrado que el titular del establecimiento incumple sistemáticamente el horario para el cual ejerce la actividad ya que solo en el año 2008 existen 48 denuncias por (entre otros) incumplimiento de horario con un absoluto desprecio hacia el ordenamiento jurídico y las normas básicas de convivencia al superar todas las denuncias las 6:00 horas y llegando incluso a formularse denuncias por ejercer la actividad a las 10:00 horas de la mañana, motivo por el cual bastaría fundamentarse la revocación de la licencia.

Por otro lado el establecimiento se anuncia en varias webs como "after hours" indicando horarios de apertura que superan los permitidos.

Sexto.- Las denuncias formuladas por la Unidad de Protección Ambiental y Consumo de la Policía Local constatan que ejerce una actividad propia del grupo III (discotecas, cafés cantante, etc) al estar en funcionamiento el equipo musical y cobrar entrada para acceder al local.

En virtud del art. 150.2.b) del Reglamento de bienes, actividades obras y servicios de las Entidades Locales de Aragón el cambio de uso o destino proyectado ya supone una modificación sustancial respecto el proyecto aprobado.

Séptimo.- Otra de las prescripciones contenidas en la licencia para el ejercicio de la actividad es el aforo máximo fijado en 89 personas y que responde a motivos de seguridad de las personas.

En este caso también se infringe esta medida tal y como constata la Policía Local mediante numerosas denuncias que indican la existencia de 103, 130, 140 y hasta 200 personas en el interior del local, suponiendo un peligro en el caso de ser necesaria la evacuación.

Aunque es una cuestión tangencial, el exceso de aforo junto al incumplimiento de horarios llevan aparejados problemas de orden público ante la concurrencia de personas que esperan en la calle para acceder al establecimiento."

Se ha producido un palmario abuso de la licencia por parte de G.,S.L., que impide otorgar la protección que se invoca en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Los horarios y la prohibición de poner música antes de las 12 horas.- Hay que tener en cuenta que la Ley 11/2005 otorga la potestad para fijar los horarios, dentro de los límites indicados por esta Ley, a los Ayuntamientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, que señala lo siguiente: "*Artículo 35. Competencia municipal sobre horarios. 1. En cada Municipio, dentro de los límites horarios generales establecidos en esta Ley, el horario de apertura y cierre de los establecimientos públicos se establecerá por el Ayuntamiento, previo trámite de información pública.*". Como consecuencia de esta autorización, el Ayuntamiento de Zaragoza mediante la Ordenanza Municipal de distancias mínimas y zonas saturadas para actividades reguladas en la Ley 11/2005 de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOPZ de 17/11/2006) ha ejercitado esta facultad (que debe encuadrarse con respeto a marco fijado por la referida Ley), siendo los horarios más estrictos en la mayoría de los casos.

Pues bien, sabido que en el mencionado Grupo I se incluyen los establecimientos con equipo musical cuyo nivel de emisión sea inferior a 85 dB(A), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ordenanza Municipal de distancias mínimas y zonas saturadas.

En este caso, la licencia de apertura del Bar A., de fecha 13/9/2002 concedida por el Ayuntamiento de Zaragoza (documento aportado o por la parte recurrente con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, y a la que se alude en procedimiento administrativo) era de "bar con equipo musical", con la condición particular de que "*La emisión máxima del equipo musical no sobrepasará, en ningún momento, los 83 dbA de potencia sonora*". De esta forma, el Bar "A." queda integrado en el mencionado Grupo I, de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y Zonas Saturadas (Aprobada por el Ayuntamiento Pleno el 27/10/2006, Publicado en el BOP nº 105 de 17/11/2006):

Grupo I:

Establecimientos sin equipo musical o con una ambientación musical cuyo nivel de emisión sea inferior a 75 dB (A), y estén dedicados a la actividad de

restauración en cualquiera de sus variantes. Establecimientos con equipo musical cuyo nivel de emisión sea inferior a 85 dB (A) de acuerdo con lo establecido en la resolución de Alcaldía de fecha 26 de mayo de 2006.

Su horario de apertura será a las 6.00 horas y el de cierre a la 1.30 horas de la madrugada, con la ampliación en una hora en el horario de cierre los viernes, sábados y vísperas de festivo. Cumplido el horario de cierre, los establecimientos dispondrán de un máximo de media hora para el desalojo de la clientela, tiempo durante el cual no podrá emitirse música ni servir consumiciones.

Si el establecimiento cuenta con equipo musical autorizado su funcionamiento comenzará a partir de las 12.00 horas del mediodía. Ambos horarios, de actividad y de emisión del equipo musical, rigen para todas las actividades y establecimientos a los que no se les hayan establecido otras limitaciones adicionales, atendiendo al aislamiento acústico acreditado, de conformidad con la Ordenanza municipal de protección contra ruidos y vibraciones de 2001 art. 32.1 a) y 32.1.º b)."

En consecuencia, no cabe compartir las alegaciones de la parte recurrente de que es posible la apertura del establecimiento desde las 6 horas y poner la música por debajo de los 85 dB (A), ya que resulta claro que ***hasta las 12 horas del mediodía no está permitido ningún tipo de música.***

QUINTO.- Costas y recurso. En materia de costas, debe traerse a colación el art. 139 LJCA, que señala lo siguiente: *"1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad.(..)

"3. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima."

En consecuencia, son la "temeridad" o la "mala fe", los elementos determinantes para la condena en costas, que han de considerarse desde la perspectiva de que se adopten conductas o actitudes procesales contrarias a doctrina reiteradamente expuesta por el propio Tribunal que ha de conocer del asunto o la recogida en sentencias del Tribunal Supremo con ocasión de haberse tenido que pronunciar sobre la materia en actuaciones anteriores, así como, también, que las tesis sustentadas por las partes en el proceso choquen de una manera frontal con el contenido de normas legales de innecesaria o superflua interpretación. También la inconsistencia de los argumentos es un motivo revelador de la temeridad con que el recurso contencioso-administrativo ha sido planteado o se ha planteado la oposición al mismo.

En el caso que nos ocupa, cabe entender que la postura de la parte recurrente adolece de la referida temeridad, por cuanto la prueba practicada revela con absoluta evidencia que la actuación desarrollada en el establecimiento "A." no tiene nada que ver con un Bar del Grupo I, y pese a ello se insiste por la parte recurrente en negar la evidencia que suponen 48 denuncias por incumplimientos diversos en un año.

La expresa condena en costas debe incluir las causadas a D. J., dado que en su condición de cotitular del inmueble donde está situado el establecimiento tiene evidente interés en el resultado de la licencia municipal para el desarrollo de la actividad, sobre todo si se tiene en cuenta la existencia de una resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago y una previsión en el clausulado del contrato respecto de la licencia en caso de extinción del mismo. También hay que tener en cuenta una declaración de ruina del edificio del nº 7 de la calle Juseppe Martínez, cuyo recurso contencioso-administrativo se siguió ante este Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 3 de Zaragoza, procedimiento ordinario 316/2005, sentencia dictada con fecha 7/11/2007, de carácter firme.

De conformidad con lo dispuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra consolidado el criterio consistente en que la condena no exige petición de parte, sino que es un imperativo legal, por lo que es posible su aplicación de oficio

(vid. sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2001 EDJ 2001/28136).

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA cabe recurso de apelación ante Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

FALLO

PRIMERO.- DESESTIMO el recurso-contencioso-administrativo interpuesto por G.,S.L., objeto del presente proceso (frente a la actuación administrativa indicada en el Antecedente de Hecho Primero de la presente sentencia).

SEGUNDO.- Con expresa condena a la entidad recurrente en las costas; incluidas las causadas a D. J.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.