



**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00019/2022

RECURSO DE APELACIÓN 4272/2021

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

DÑA. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)
D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ
D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 21 de enero de 2022

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso de apelación nº 4272/2021 pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por representado por la Procuradora Dña. María del Carmen Hermida Portela y defendido por el Letrado D. Ismael Gómez Solla, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo nº 127/2021, de 10 de junio de 2021, dictada en el procedimiento ordinario 198/2020.

Es parte apelada EL CONCELLO DE VIGO, representado por el Procurador D. Juan Antonio Garrido Pardo y defendido por el Letrado de la Asesoría Jurídica de la Corporación Municipal D. Pablo Olmos Pita.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vigo dictó la sentencia nº 127/2021, de 10 de junio de 2021, dictada en el procedimiento ordinario 198/2020, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Carmen Hermida Portela, en nombre y representación de _____, frente al Concello de Vigo, y su resolución, de 28 de enero del 2020, recaída en el expediente nº21288/423, confirmatoria de la resolución de 26 de agosto del 2019, en el punto que acordó el cese de la actividad desarrollada en los locales existentes en la parcela catastral con nº _____, ubicada en _____, de Vigo. Con imposición de costas, con el límite expuesto.

SEGUNDO.- La representación procesal de _____ interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando que se estime, se revoque la sentencia y se acuerde estimar la demanda presentada, con imposición de costas de primera instancia a la administración demandada.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso de apelación, el Concello de Vigo presentó escrito de oposición a la apelación, solicitando que se desestime.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron ambas partes, se admitió el recurso de apelación y quedaron las actuaciones conclusas, pendientes de señalamiento para votación y fallo. Mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 20 de enero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en apelación, en todo lo que no contradigan los que se pasan a exponer.

PRIMERO.- Sobre el recurso de apelación.

En el recurso de apelación se expone que la sentencia impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución que ordenaba el cese de la actividad de los locales de hostelería situados en _____ y _____, en Vigo. Esta



parte invocó la nulidad ex art 47,1, a), c) y e) de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el art. 3,g) y 35, 2 de la Ley 10/2017. 1-. Es un hecho indubitado y recogido en Sentencia que el recurrente no es titular de ninguna de las dos licencias de actividad de los locales cuyo cese se ordena.

La discusión se ha de centrar pues, en si la administración local, concretamente la Xerencia de Urbanismo del Concello de Vigo se ha de dirigir durante la tramitación del expediente administrativo, al titular de la licencia o por el contrario como es el caso, se puede dirigir a cualquier persona que trabaje en el local.

A este respecto el recurrente indica que no va a ejecutar la sentencia, si esta no es revocada, y no por desobediencia al mandato judicial, sino porque no tiene capacidad de disposición sobre la actividad que se pretende cesar.

La declaración testifical del administrador de Vicova Hostelería S.L. propuesta por esta parte, (titular de ambas licencias objeto de litis) fue palmaria y contundente, y señala que a , lo tenía a su cargo como trabajador del local de ocio nocturno , sin que tuviera ninguna relación arrendaticia, o societaria con él, por lo que sólo Vicova Hostelería S.L. puede cesar la actividad desarrollada en los locales. En el local ni siquiera trabaja, de ahí que quede más que claro que sea camarero, portero o encargado, no deja de ser ajeno a la relación administrativa generada con la concesión de las licencias.

Tampoco está conforme con la argumentación de la Sentencia en relación con la carga de probar "quién es mi representado en Vicova Hostelería S.L" pues debe ser la administración, la cual tramita un expediente de cierre con quien no tiene relación jurídica-administrativa alguna con la administración y no incoa expediente administrativo alguno con el verdadero titular de la autorización administrativa por ella misma concedida (Vicova Hostelería S.L.).

Argumentó ahora la administración en sede judicial, para convalidar su defectuosa tramitación en vía administrativa, que Vicova Hostelería SL. no tenía fácil localización, y prueba de ello, es que la citación realizada en sede judicial como interesada fue negativa. Pues bien, la administración no puede convalidar o subsanar sus deficiencias en la tramitación del procedimiento administrativo con una actuación en sede contenciosa. Además no existe la dificultad para notificar a Vicova Hostelería SL. cuando sus dos locales de hostelería estaban abiertos al público y en él, además del recurrente,

hay diariamente otros trabajadores que recogerían las notificaciones en nombre de ésta. Esta actuación por tanto vulnera el procedimiento establecido de forma flagrante y en consecuencia, supone una actuación en Vía de Hecho de la administración.

Finalmente alega que ni dispone de medios económicos, ni de información sobre el estado del inmueble donde se encuentran los dos locales para poder defender que, como manifestó el administrador de Vicova Hostelería S.L. al declarar como testigo en la vista, que se trataba de un antiguo inmueble comunicado entre sí, pues se dedicó a Comisaría de Policía, y que después se reconvirtió en 2 locales de hostelería, con lo que se le otorgaron 2 licencias aún existiendo una zona de paso que los comunicaba.

Tampoco esta parte pudo probar debidamente, por su condición de tercero ajeno a la relación administrativa, que la comunicación de los dos locales ante el apercibimiento de la Policía Local había sido eliminada ya antes de que se iniciase el expediente de cese de actividad, pero como bien dice la Sentencia impugnada, "poco o nada de sentido tiene que mi representado se posiciona como defensor del mantenimiento de la actividad, cuando no es el titular de la misma."

SEGUNDO.- Sobre la oposición a la apelación.

El Concello de Vigo se opone al recurso de apelación, alegando que el demandante no puede eludir sus propios actos a lo largo del expediente y del pleito, donde se acreditó su conocimiento de la realidad física del local, donde fue la persona que se identificó delante de los agentes de la Policía Local, que presentó el recurso de reposición, etc. La persona que declaró como testigo era consciente y concedora del doble uso que se estaba dando al local, que a su vez deviene de la existencia del acceso desde uno al otro, para prolongar la actividad más allá de lo autorizado.

Además, solo existe un contrato de arrendamiento, lo que evidencia la existencia no de dos locales, sino de un solo; y como se recoge acertadamente en la sentencia apelada, no es más que el cese de la actividad lo que resolvió en esta resolución, y cualquier otra cuestión relativa a la titularidad de la licencia no le corresponde a la demandante, que no puede suplir a esa titular.



TERCERO.- Sobre la concurrencia de causas de nulidad en el acuerdo impugnado.

En la sentencia recurrida en apelación se enuncian tres premisas fácticas que no aparecen desvirtuadas por la argumentación del apelante:

-Que en el momento de las denuncias de la policía local que justificaron la adopción de la decisión impugnada, existía esa comunicación interior entre locales.

- Que con esa posibilidad de conexión se ejercía la actividad licenciada para uno de los locales , en la cafetería , desbordándose el ámbito de la autorización del primero (horario, objeto) y pervirtiendo la licencia del segundo.

- Que el recurrente era en el momento de los hechos el responsable de ambas actividades.

Debe recordarse que el acuerdo impugnado en el procedimiento contencioso-administrativo no es el que pone fin al expediente de reposición de la legalidad, sino tan solo ordena la incoación de dicho procedimiento, limitándose el ámbito posible de recurso a la medida cautelar administrativa de cese de la actividad de café- bar sin música y de café bar con música que se desarrolla en los dos locales de litis, por apreciar que se desarrollan sin ajustarse a los títulos habilitantes otorgados en los expedientes de licencia 18831/422 y 18832/422 para café bar con música y para café bar sin música, respectivamente, y ello amparado en la constatación por la policía local de que ambos locales estaban comunicados y se ejerce indistintamente las dos actividades alterando las condiciones de aforo, evacuación, etc.

No es relevante en este momento el alegato de que los locales ya contaban con esa comunicación interior antes del otorgamiento de la licencia, ya que el expediente se incoa por un desarrollo de la actividad sin ajustarse a los títulos habilitantes, que establecen condiciones distintas para ambos locales y que no amparan el ejercicio indistinto de las dos actividades autorizadas. La defensa en relación con ese doble uso indistinto de los locales y su desajuste respecto a los términos de la licencia es una cuestión que se tendrá que esclarecer en la resolución que ponga fin al expediente.

Para la incoación del expediente y la orden de cese cautelar de la actividad basta el poderoso indicio resultante de los informes elaborados por la Policía Local transcritos en el expediente y que dan cuenta en diferentes fechas de los términos en que se desarrolla la actividad, y especialmente de



la comunicación interior de los mismos a través de una puerta metálica con llave. Abierta la puerta del local de , se constata por los agentes la comunicación con el local , observando un número aproximado de quince personas bailando y consumiendo bebidas en una pequeña pista de baile, con música y luces, estando la reja de entrada que da a la calle cerrada completamente, por lo que se supone que acceden desde el local . También se comprueba que la parte interior de las barras de los dos locales se comunica, por lo que se ve que la camarera existente en un local aparece en la barra de uno u otro haciendo uso de la comunicación entre locales.

El esclarecimiento definitivo de si la actividad se ajusta o no a los términos licenciados, distintos para cada local, no le corresponde al acto recurrido, sino a la resolución que ponga fin al expediente.

Por tanto, la dimensión objetiva de la infracción o desajuste respecto a los términos de la licencia no es algo que deba ahora determinarse de forma definitiva, bastando los informes policiales para justificar la incoación del expediente.

Ahora bien, el planteamiento del recurrente gira alrededor de su legitimación pasiva para recibir la orden de cese de la actividad, mientras se tramita el expediente, por no ser el titular de las licencias de actividad. Pero como acertadamente valora la sentencia apelada, la orden de cese de actividad no se le dirige en esa condición de titular de la licencia, que según resulta de la prueba parece corresponder a una entidad mercantil. Lo que no cabe obviar es que la orden de cese de la actividad se dirige contra quien tiene la capacidad de disposición material de apertura y cierre del local, aunque la ejecute por cuenta de un tercero, esto es, el titular de la licencia. La condición de empleado de la empresa titular de la licencia no enerva su legitimación para recibir la orden de cese cautelar, ya que con independencia del derecho a intervenir en el expediente de la sociedad titular de la licencia, es evidente que los actos materiales de apertura, cierre, apertura de la comunicación interior de los locales, control de aforos, de horario, etc., se realizan por las concretas personas físicas contratadas para ese fin, y por ello la orden cautelar de cese de la actividad, con independencia del derecho a intervenir en el expediente de la sociedad titular, se dirige a la persona física identificada en el expediente que ha demostrado tener el dominio del hecho (en relación al objeto del expediente, esto es, el desarrollo de la actividad) y ello porque consta en los informes policiales no solo su presencia física en el local cuando la



actividad se desarrolla sino su capacidad de actuación en relación con el control de la misma, aunque sea actuando por cuenta de una sociedad que lo tiene empleado con ese fin.

Así, en el informe que documenta la intervención policial de 16/02/2019 se hace constar que, personados en el lugar los agentes, "se contacta con quien dijo ser responsable del citado local al cual se le informa de los motivos de la inspección, resultando ser ". Requerido para exhibir la licencia de actividad local, presenta documento donde se observa licencia en el expediente 18832/422/98, a favor de Vivoca hostelería S.L.

Previamente, en fecha 03/02/2019 se emite parte policial sobre actividad con música sin licencia, y una vez personados en el lugar se identifica como responsable a , que requerido para entregar la licencia de actividad local, presenta el documento que se adjunta, donde se observa licencia en el expediente 18832/422/98, a favor de Vivoca hostelería S.L. para café bar sin música.

En fecha 03/03/2019 se emite nuevo parte policial en el que se hace constar que la persona que se identifica como responsable (gerente) de los dos locales (y) es , y se indica que están a nombre de VIVOCA HOSTELERÍA S.L., presentando las dos licencias que amparan las respectivas actividades en cada uno de ellos.

El alegato de que su vinculación con la sociedad titular de las licencias se restringe a uno de los locales no puede ser atendido, visto que el motivo de la incoación del expediente es el desarrollo no autorizado de una actividad indistinta en dos locales comunicados que cuentan con licencias de actividad que fijan condiciones diferenciadas para cada uno de ellos y no autorizan su unión o comunicación para el desarrollo de una misma actividad indistinta en ambos. Vista la evidencia de esa comunicación interior, no se desvirtúa su condición de responsable y su dominio del hecho en relación a la observancia del mandato administrativo de cese de actividad.

Por tanto, nunca se le ha atribuido al recurrente en el expediente la condición de titular de las licencias de actividad, constando en los informes policiales identificada la sociedad titular de las mismas. La responsabilidad del recurrente se justifica en su condición de gerente o responsable de la apertura y cierre de los locales, no por su condición de titular de las licencias, y visto su ámbito de responsabilidades es evidente que, al margen de las órdenes

que pueda recibir de la sociedad titular de las licencias, su presencia en los locales y su identificación en todo momento como gerente o responsable justifican su legitimación pasiva en el expediente para recibir la orden de cese de actividad. La resolución administrativa recurrida cita a este respecto el art. 152 de la Ley del Suelo de Galicia, para justificar la condición de responsable del recurrente.

No hay un acto de contenido imposible, y el recurrente tiene que ser consciente con notoria claridad de cuál es el deber administrativamente establecido que le vincula por encima de lo que le pueda ordenar la sociedad para la que trabaja, y por el que se le obliga a, como mínimo, no realizar ninguna actuación conducente a la apertura de los locales y desarrollo en los mismos de cualquier actividad. El hecho de que no le corresponda a él probar que la actividad se desarrollaba con arreglo a las condiciones autorizadas en la licencia no enerva su condición de interesado a la hora de cumplir el mandato administrativo de cese de actividad, lo cual se traduce en la realización de conductas materiales o la abstención de las mismas, no en una carga procedimental que incumbirá al titular de las licencias si pretende que la resolución final del expediente le resulte favorable.

Como señala la sentencia apelada, la existencia de otros interesados en la tramitación del expediente de reposición de la legalidad urbanística, singularmente, la sociedad titular de las licencias de actividad, *"ni obsta a la presencia de otros como el recurrente, ni compromete la validez de la decisión cautelar, ya que antes al contrario, se adopta respecto de quien tiene el dominio del hecho para su ejecución, en su calidad de gerente o responsable directo o inmediato de las actividades de hostelería licenciadas. Dijimos ya que el actor reunía indiciariamente la condición de interesado a la luz del art. 4 b) LPAC, y ahora, tras la valoración de la prueba solo nos queda ratificarlo. Dijimos que la condición de interesado del titular de la licencia/s, **"Vicova hostelería, S.L.", no es, no tiene por qué ser exclusiva y excluyente, y las actuaciones nos demuestran que hay más interesados, porque como señala la resolución combatida, aunque la referida mercantil sea la titular de la licencia, se desconocía en aquel momento, la concreta naturaleza de la relación jurídica existente entre esta entidad y el actor, pero lo que sabemos es que éste estaba, de hecho, al frente de los negocios licenciados en los momentos en que fueron denunciados, siendo estas actuaciones sancionadoras base de la decisión de cese contenida en la incoación del expediente de reposición que ahora se cuestiona"**.*



Por tanto, la condición de interesada de la sociedad en el expediente de reposición de la legalidad urbanística no enerva la condición de interesada de la persona física que actúa por cuenta de esa sociedad en cuanto al desarrollo material de la actividad, y por ello la orden de cese de actividad ni es un acto de contenido imposible para el actor -mientras mantenga la vinculación con la sociedad titular de las licencias y su condición de gerente o responsable al frente del local- ni tampoco su emisión es una vía de hecho, ya que responde al ejercicio de una potestad reglada definida por el ordenamiento jurídico que tiene como destinatario a quien indudablemente es interesado en el cumplimiento del mandato administrativo de cese de actividad, en cuanto gerente de los locales.

En suma, no es discutible la condición de interesada de la sociedad Vivoca Hostelería en el expediente, pero la falta de intervención en el mismo solo sería alegable por tal mercantil, y ello respecto a la resolución que ponga fin al mismo, cuando se dicte, habiéndose entendido la incoación del expediente -con la medida cautelar de cese de actividad- con persona que ha demostrado actuar por cuenta de la sociedad titular de las licencias en el desarrollo de tal actividad. Por lo demás, se ha demostrado por la prueba testifical practicada que la sociedad ha llegado a tener conocimiento de la incoación del expediente, habiendo incluso declarado su administrador como testigo.

Por lo expuesto, no se ha incurrido en vía de hecho, ni se aprecia que concurra ninguna causa de nulidad en el acto recurrido, por lo que el recurso debe ser desestimado, confirmando la sentencia recurrida en apelación.

CUARTO.-Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1.000 euros por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1°. DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de _____ contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo nº 127/2021, de 10 de junio de 2021, dictada en el procedimiento ordinario 198/2020, y CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia recurrida.

2°. Con imposición de las costas procesales a la parte apelante, con el límite máximo de 1.000 euros, por todos los conceptos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Asinado por: PARADA LOPEZ, JOSE ANTONIO
Data e hora: 26/01/2022 10:11:16

Asinado por: RECIO GONZALEZ, MARIA AZUCENA
Data e hora: 24/01/2022 16:08:53

Asinado por: MARTINEZ QUINTANAR, ANTONIO
Data e hora: 21/01/2022 10:51:23



XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00127/2021

JUZGADO CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVO N° 2 DE VIGO

Modelo: N11600
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2
Teléfono: 986 817860/72/61 **Fax:** 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000380
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000198 /2020 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado:
Procurador D./Dª: MARIA DEL CARMEN HERMIDA PORTELA
Contra D./Dª XERENCIA URBANISMO CONCELO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

SENTENCIA N°127/2021

En Vigo, a 10 de junio de 2021

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos a instancia de:

- representado por la procuradora Carmen Hermida Portela y asistido por el letrado/a: Ismael Gómez Solla, frente a:

- Xerencia de urbanismo do Concello de Vigo representado por el procurador Jesús Antonio González Puelles Casal, y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 11 de agosto del 2020 recurso contencioso-administrativo frente a La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de la demandada, de 28 de enero del 2020, recaída en el expediente nº21288/423, desestimatoria de la reposición intentada frente a la resolución de 26 de agosto del 2019, que supuso la incoación del expediente de reposición de la legalidad urbanística, y a la vez, acordó ordenar al recurrente el cese inmediato de la actividad de hostelería que se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

desempeña en dos locales de Vigo, y , por incumplimiento de las licencias que las habilitaban.

También pretendió al amparo del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), que se adoptase la tutela cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado, sobre la base de su nulidad radical, por constituir una vía de hecho y no ser veraz el presupuesto fáctico en el que se asientan las decisiones combatidas.

El 8 de octubre del 2020 se ha resuelto motivadamente la desestimación de la pretensión accesoria.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 14 de agosto del 2020, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 3 de septiembre y se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que dedujese demanda.

El 5 de octubre del 2020 se ha presentado y en ella solicitó que se dicte sentencia en la que se declare no ajustada a Derecho la actuación impugnada, se anule y revoque, y con imposición de costas.

TERCERO.- El 7 de diciembre se ha presentado la contestación de la demandada oponiéndose a su estimación.

Por decreto de 9 de diciembre se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

Por auto de 14 de diciembre se admitió la prueba propuesta por las partes, y el juicio tuvo lugar el 25 de febrero del 2021. En él se practicó la prueba testifical del representante legal de la entidad "Vicova Hostelería, S.L." a instancia de la actora.

El 5 y el 22 de abril del 2021, las partes, respectivamente, presentaron sus conclusiones, y finalmente quedaron los autos vistos para sentencia por providencia de 26 de abril del 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se combate un pronunciamiento accesorio de una decisión de trámite, la de la incoación del expediente PLU nº 21288/423, de fecha 26 de agosto del 2019. Es la decisión a que se refiere el art. 152.1 de la LEY 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG), relativa a la suspensión inmediata de los actos que se estuvieran realizando y que se reputen vulneradores de la legalidad urbanística.

En el presente caso no es una obra, es una actividad, mejor dicho, dos actividades que se estarían ejecutando sin ajustarse a sus respectivas autorizaciones, concedidas en las licencias nº18831/422 y nº18832/422, que habilitan a que en los locales existentes en la única parcela catastral con nº , que se ubica en

de Vigo, se desarrollen las actividades de pub o café-bar con música, y café bar sin música, respectivamente. El fundamento del reproche que motiva la incoación del expediente PLU y la orden de cese ahora exclusivamente impugnada, esencialmente es que debido a la situación de contigüidad de ambos locales, se hace un uso indistinto e indebido de las actividades licenciadas, ya que hay comunicación interior entre ellos, de manera que se producirían extralimitaciones de horario y aforo.

Pues bien, antes de examinar la cuestión desde la perspectiva estrictamente jurídica, vaya por delante que la conclusión que se extrae de la práctica de la

prueba (incluyendo, la que se debe colegir también de la no practicada, pero que pudo haberse practicado), es que la recurrente no lleva razón en sus postulados fácticos. Es decir, asentaremos nuestra fundamentación jurídica en las siguientes bases que consideramos acreditadas:

- Que en el momento de las denuncias de la policía local que justificaron la adopción de la decisión impugnada, existía esa comunicación interior entre locales.
- Que con esa posibilidad de conexión se ejercía la actividad licenciada para uno de los locales , en la cafetería , desbordándose el ámbito de la autorización del primero (horario, objeto) y pervirtiendo la licencia del segundo.
- Que el recurrente era en el momento de los hechos el responsable de ambas actividades.

A estas conclusiones se llega a partir del siguiente material probatorio:

Parte de servicio de la policía local de Vigo, extendido a las nueve y veinte de la mañana, el 3 de marzo del 2019, expresa:

“La persona que se identifica como responsable (gerente) de los dos locales (y) es . [...]

Girada inspección de dichos locales a las 09:18 h, se comprobó lo siguiente:

Entrando en el local denominado éste se encontraba abierto al público, observando que dichos locales están comunicados interiormente por puerta metálica con llave.

Requerido el gerente para que abra la puerta que se encuentra en el mencionado local éste lo hace en nuestra presencia y se comprueba que comunica con el local , ambas zonas de estancia de público cercanas a la barra.

Se observa un número aproximado de quince personas bailando y consumiendo bebidas en una pequeña pista de baile, con música y luces, estando la reja de entrada que da a la calle cerrada completamente, por lo que se supone que acceden desde local .

También se comprueba que la parte interior de las barras de los dos locales se comunica, por lo que se ve que la camarera existente en un local aparece en la barra de uno u otro haciendo uso de la comunicación entre locales.”

Con esto y la prevención general que se contiene en el art. 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), es suficiente para aquilatar la realidad de los tres extremos capitales a los que antes nos hemos referido.

De nada sirve que se nos diga en la demanda, si simplemente se nos dice (como es el caso), que el actor es solo una persona que pasaba por allí, que estaba en el lugar equivocado en el momento indebido, que no hay la repetida comunicación interior entre locales. Pero es que, además, la prueba que se ha desplegado en el acto del juicio, entendemos que solo ha venido a respaldar la veracidad de estas circunstancias. Compareció , representante legal de la entidad “Vicova Hostelería, S.L.”, entidad titular de ambas licencias y de los locales en los que se ejercen las actividades denunciadas urbanísticamente, y admitió que el encargado de , local de ocio nocturno, es el recurrente y que el declarante era su jefe.

Explicó que los locales ambos, eran antes sede la policía nacional, por lo que se comunicaban entre sí. Cuando se abrieron los locales dejaron de estarlo, dijo, si bien admitió que entre ambos existía una puerta que, por lo general, estaba cerrada aunque en ocasiones se abría para eventos multitudinarios. Con la intervención de la policía local, se desechó esta opción y desde entonces, tampoco se comunican, por lo que pasaron a compartir exclusivamente la cocina, aunque solo para acceso de los empleados.



Desde hace un año, ni siquiera la cocina es compartida y ambos poseen entrada independiente. El alquiler es conjunto.

Aclaró que a la entidad "Vicova Hostelería, S.L." no se le ha notificado nada, que su sede es en Travesía, el cambio no se comunicó al Registro mercantil, y en el local no se recibió nada.

Entonces, nos da igual que la culpa parece que se pretenda descargar en que antes, el inmueble que alberga los dos locales, era la sede de la policía; nos resulta también indiferente que hubiese una puerta corredera que comunicaba ambos y que desde hace años esté inutilizada, como se dice en la demanda, si a la vez, existe otra, metálica, que se abre a voluntad del responsable de los locales; la circunstancia de que el representante de la mercantil se hubiese referido a que lo que estaba comunicado era la cocina, y no la barra de los dos negocios, resulta una diferencia de matiz, también bastante inocua que, en cualquier caso, debe resolverse a favor de lo consignado por los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Por descontado, el hecho de que ambos locales cuenten con acceso independiente desde el exterior, no obsta a alcanzar las conclusiones a que nos hemos referido.

La verdad es que la posición actora es francamente frágil, tanto desde la perspectiva fáctica, como jurídica, y con lo expuesto ya se comprende la imposibilidad de su acogimiento.

SEGUNDO.- La demanda es clara pero sucinta, sus argumentos son principalmente dos y uno que se expone subsidiario:

Se reprocha a la actuación combatida un vicio de nulidad radical, el del art. 47.1 c) LPAC, por tener un contenido imposible, debido a su inejecutabilidad, ya que el actor no es el titular de las licencias, pero este extremo nadie lo discute, y no hemos visto que la actuación combatida le atribuya esa titularidad, como tampoco hemos encontrado en la decisión impugnada la aseveración que se contiene en la demanda relativa a que el recurrente sea el autor de las reformas que permitirían la comunicación de ambos locales. Es preciso aclarar, las veces que sea preciso, que el objeto de esta impugnación no es el acuerdo de incoación del expediente PLU, que no es combatible, sino solo la decisión de cese cautelar de las actividades.

Lo cierto es que ya con ocasión del pronunciamiento cautelar hemos avanzado bastante sobre la ausencia de esa denunciada nulidad radical por ese motivo, y aunque aquella argumentación pareciese impropia de un pronunciamiento de esa naturaleza, nos vimos obligados a expresarla para rebatir la apariencia de buen derecho que se enarbolaba. Y aunque en aquel pronunciamiento los razonamientos se expresaron a reserva de lo que pudiera resultar de la práctica y valoración probatoria, lo cierto es que ésta solo ha venido a refrendar su procedencia. Decíamos entonces que la existencia de otros interesados en la tramitación del PLU, singularmente, el titular de la licencia/s, "Vicova hostelería, S.L.", ni obsta a la presencia de otros como el recurrente, ni compromete la validez de la decisión cautelar, ya que antes al contrario, se adopta respecto de quien tiene el dominio del hecho para su ejecución, en su calidad de gerente o responsable directo o inmediato de las actividades de hostelería licenciadas. Dijimos ya que el actor reunía indiciariamente la condición de interesado a la luz del art. 4 b) LPAC, y ahora, tras la valoración de la prueba solo nos queda ratificarlo. Dijimos que la condición de interesado del titular de la licencia/s, "Vicova hostelería, S.L.", no es, no tiene por qué ser exclusiva y excluyente, y las actuaciones nos demuestran que hay más interesados, porque como señala la resolución combatida, aunque la referida mercantil sea la titular de la licencia, se desconocía en aquel momento, la concreta naturaleza de la relación jurídica existente entre esta entidad y el actor, pero lo que sabemos es que éste estaba, de hecho, al frente de los negocios licenciados en los momentos en que fueron denunciados, siendo estas actuaciones sancionadoras



base de la decisión de cese contenida en la incoación del expediente de reposición que ahora se cuestiona.

Ya avanzamos que las posibilidades sobre la vinculación existente entre licenciada y recurrente, eran múltiples, por ejemplo, que el actor ostente la condición de arrendatario del local, propiedad de la mercantil, o que desempeñe su labor por cuenta ajena, de la propia sociedad, pero con la autonomía profesional suficiente para decidir cuestiones como el horario o la forma en la que se desempeña la actividad. Sea como fuere, el actor no puede presentarse como una persona totalmente extraña a la actividad que se ha suspendido, como un tercero, sino que la demandada ha contado con base racional y suficiente para considerarlo interesado, y desde ese momento, y sin perjuicio del emplazamiento y extensión del expediente de reposición (como ya se indica en la resolución) a otros interesados, desaparece ese denunciado vicio de nulidad por dirigirse las actuaciones frente a persona supuestamente equivocada.

TERCERO.- El segundo argumento que se ofrece por la actora es que la demandada ha incurrido en vía de hecho, pero la denuncia de esta ilegalidad está estrechamente vinculada al argumento anterior, con lo que para rebatirla nos sirve como respuesta lo ya expuesto. Solo podemos añadir que nos parece claro que no existe esa vía de hecho en el modo de conducirse de la demandada si consideramos que esta figura se entiende bien como una actuación realizada al margen de cualquier procedimiento, o emanada de quien carece absolutamente de competencia, pero ni lo uno, ni lo otro hay. Desde luego la XMU de Vigo es competente para la incoación del PLU, y la decisión de clausura inmediata y provisional se contiene en una resolución, que se le ha notificado a su destinatario, uno de los interesados en el expediente. El hecho de que, en el momento de su adopción no se le hubiese notificado a todos los interesados, pensamos en el titular de la licencia, en modo alguno compromete la validez de la decisión y en este punto traemos a colación el criterio jurisprudencial que de modo amplio resume la STSJG Sala de lo Contencioso, Sección: 2 (Nº de Recurso: 4333/2018-Nº de Resolución: 23/2020), de 22 de enero del 2020, cuando evoca la doctrina del TS; expone:

“Debemos recordar la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la ausencia de un previo trámite de audiencia. En este sentido resulta pertinente la cita de la *sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29/03/2017, nº recurso 1598/2016*, nº resolución 542/2017 Roj: STS 1286/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1286, que resume la jurisprudencia sobre el particular en los siguientes términos:

“En efecto, la falta de audiencia en un procedimiento no sancionador no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.”

Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP -PAC) resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa



sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo -aun con cierta flexibilidad- de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional. Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2.000 -recurso de casación 5.697/1.995 -), que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62 LRJAP -PAC.

Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1.992 , que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello.

Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso administrativa (entre muchas, pueden verse las sentencias de 26 de enero de 1.979 - RJ 232/1.979 -; de 18 de noviembre de 1.980 - RJ 4546/1.980 -; de 18 de noviembre de 1.980 - RJ 4572/1.980 -; de 30 de noviembre de 1.995 -recurso de casación 945/1.992 -; o, muy recientemente, la de 30 de mayo de 2.003 -recurso de casación 6.313/1.998).

A lo anterior debe añadirse que, según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso, y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales sino cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, no protegiéndose situaciones de simple indefensión formal, sino aquellos supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, lo que difícilmente se produce por la propia existencia de este proceso contencioso administrativo en el que la parte ha podido



esgrimir cuantas razones de fondo ha tenido por convenientes para combatir el acto impugnado (véase, por todas, la STC 35/1989)."

CUARTO.- Las anteriores consideraciones las entiendo de plena aplicación al caso enjuiciado, ya que como es sabido, el expediente PLU, no tiene carácter sancionador, el recurrente ha sido correctamente notificado de la decisión combatida y frente a ella ha recurrido en reposición, resuelta motivadamente con su desestimación. Y esta sentencia no está llamada a pronunciarse sobre los derechos de otros interesados, el titular de la licencia/s, "Vicova hostelería, S.L.", frente al que ni se ha dirigido la resolución impugnada, ni la ha combatido en reposición, ni jurisdiccionalmente, a pesar de que, indudablemente, el administrador único de la mercantil, en su condición reconocida de jefe del actor, ha tenido que conocerla materialmente.

Defiende la actora, con una argumentación más propia, o como si se arrogase la defensa de "Vicova hostelería, S.L.", o de su administrador, que solo a ésta, en su condición de titular de la licencia, es a quien se le puede retirar. Naturalmente; pero es que ese no es el objeto de este procedimiento, la decisión combatida no es la retirada de la/s licencias, sino el cese de las actividades que se desempeñaban en esos dos locales, que se le ha notificado al recurrente en calidad no de titular de las autorizaciones, sino de responsable directo de esas actividades.

Los eventuales defectos en la notificación de actuaciones a "Vicova hostelería, S.L.", o su representante, no pueden ser atendibles si no es la parte recurrente. En esta línea argumentativa que se aleja de lo que constituye propiamente el objeto del recurso, razonaremos que la preexistencia a la concesión de las licencias, de la posibilidad de comunicación física interna de los locales, no significa, no puede entenderse como que por haberse concedido aquéllas, se estuviese bendiciendo una actividad indistinta en ellos. Es decir, una autorización se ha concedido para un local, y otra, distinta en sus características, para el otro, y el hecho de que preexistiera esa posible comunicación entre locales no habilita al ejercicio indistinto de las actividades; parece obvio, pero la realidad acreditada de los hechos y las conclusiones finales de la recurrente nos obligan al pronunciamiento.

Terminamos con la siguiente reflexión que debe respaldar la inexistencia de cualquier fisura en la conformidad a Derecho de la actuación combatida, y es la ausencia de cualquier prueba por parte de a quien incumbía la carga, la actora, tendente bien a desacreditar las pruebas existentes que demuestran los incumplimientos de las licencias, bien a probar su estricto cumplimiento. Nada hay en cuanto al escrupuloso respeto de los horarios de apertura/cierre de los locales, sobre las condiciones de aforo y niveles de ruido, de nada sirve afirmar que la puerta existente se ha bloqueado físicamente, si no se prueba que se ha ejecutado una obra que imposibilite materialmente esa conexión interior que se le reprocha. Se queja la demanda de que el recurrente no es el autor de las obras que permiten esa comunicación, pero no es eso lo que le recrimina la actuación municipal, ni la base de la adopción de la decisión impugnada, sino precisamente, lo que se echa en falta es que no se hubiesen acometido las actuaciones precisas para conjurar realmente esa posibilidad, ya sea por el recurrente, ya por cualquier otro interesado, antes de la adopción de la decisión combatida, claro.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

No hay vicio de nulidad, ni de anulabilidad en la actuación impugnada, por lo que debe respaldarse su conformidad a Derecho, y desestimarse la demanda.

QUINTO.- En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA, se establece el principio de vencimiento objetivo. No obstante el mismo precepto permite su limitación y atendiendo a la naturaleza y cuantía del litigio, se señala como límite máximo de la condena en costas, la suma de 500 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Carmen Hermida Portela, en nombre y representación de , frente al Concello de Vigo, y su resolución, de 28 de enero del 2020, recaída en el expediente nº21288/423, confirmatoria de la resolución de 26 de agosto del 2019, en el punto que acordó el cese de la actividad desarrollada en los locales existentes en la parcela catastral con nº , ubicada en de Vigo.

Con imposición de costas, con el límite expuesto.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este mismo Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo