

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA Y DE ACTIVIDAD. REGLAMENTO GENERAL DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. CAFE-CANTANTE.

Incumplimiento procedimiento RAMINP. Defectos formales que no causar indefensión. Aforo ajustado a normativa según la actividad principal.

Incumplimiento normativa barreras arquitectónicas. Inexistencia. Resto de incumplimientos alegados, inexistencia.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a veinticinco de abril de dos mil seis.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCÍA, MAGISTRADO-JUEZ de Contencioso/Administrativo nº 2 de ZARAGOZA y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 143/2005-AT seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente COMUNIDAD PROPIETARIOS DE LA CASA SITA EN PZA PILAR NUN 12 DE ZARAGOZA, representada por el Procurador D. C.B.G. y defendida por el Letrado D. J.M.N.P., y de otra EXCMO AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Dña. N.C.A. y defendido por el Letrado D. C.N.C. y codemandada S.M.,S.L., representada por la Procuradora Dña. M.J.C.S.G.y defendida por el Letrado D. R.A.C., sobre CONCESION LICENCIA CAFÉ-CANTANTE, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de presentación en el Juzgado Decano, 31-3-05, se interpuso por COMUNIDAD PROPIETARIOS DE LA CASA SITA EN PZA. PILAR NUM 12 DE ZARAGOZA, recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Acuerdo del Consejo de Gerencia del Excmo Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 01.02.05, recaído en Exptes. 1.245.687/03, 396.396.121/04, 471.001/04, 818.463/04 y 11.450/05, por el que se concede a S.M.,S.L. "licencia urbanística y de actividad sujeta al Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos para la actividad de café-cantante en local sito en Pza del Pilar nº 12.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada y a la parte codemandada comparecida en Autos, S.M.,S.L., con entrega del expediente administrativo, para que contestaran a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en autos.

TERCERO.- Que mediante Auto de fecha 27-10-05, se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Recibido el procedimiento a prueba, por la parte actora se propuso determinada prueba documental, pericial y por la parte codemandada, se propuso prueba pericial, practicándose, previa declaración de su pertinencia, con el resultado obrante en Autos.

Finalizado el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones,

constando unidos los respectivos escritos presentados por las partes.

CUARTO.- Por resolución de fecha 4-4-06 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 271.2 de la L.E.C., se admitió determinada prueba documental aportada por la representación de la parte codemandada S.M.,S.L., dando traslado a las demás partes para que pudieran alegar lo que estimasen conveniente, constanding unidos los respectivos escritos de alegaciones presentados por la parte actora y parte demandada, y quedando los Autos a disposición de S^a conclusos para dictar Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 1-2-2005 que concedió la licencia urbanística y de actividad sujeta al RAMINP para la actividad de Café-Cantante al local de Plaza del Pilar, 12, Grupo III de la OM de Distancias Mínimas según proyecto de obras de 29-10-2003 y 22-4-2004 con anexos de 6-3-2004, 7-4-2004, 5-5-2004 y 29-7-2004 y de instalación de 22-4-2004 y anexo de 8-6-2004.

Se alegan diversos incumplimientos, que se irán analizando a lo largo de la sentencia.

SEGUNDO.- Como cuestión previa, debe dejarse claro que estamos ante la licencia de obras y de actividad, la cual lo que hace es aprobar una actividad concreta, así como las obras destinadas a la misma, requiriendo una posterior licencia de apertura o acto de control de puesta en funcionamiento; a fin de verificar si la obra realizada se ha llevado a cabo de conformidad con los proyectos, o bien con modificaciones insustanciales y de carácter técnico que no afecten a los mismos, habiendo así mismo un posterior control de dicha actividad, que debe de ajustarse a la licencia concedida, no pudiendo realizarse actividad diferente de aquella para la que se pidió la licencia, ya que en ese caso se convertiría en inocuo todo control, si una vez concedida una licencia se pudiese realizar cualquier actividad aunque fuese radicalmente diferente. Este sistema es el que se desprende de los art. 30 y siguientes del RAMINP y del D. 347/2002 de la DGA. Esto es relevante en cuanto según se verá que afectará a algunas de las respuestas a las alegaciones.

Se seguirá el orden fijado por la recurrente, para mayor comprensión, básicamente en las conclusiones, una vez abandonada alguna de las alegaciones iniciales como la del incumplimiento de la OMDM o la relativa a los ruidos y vibraciones, aunque se hará al final alguna referencia a las mismas.

TERCERO.- Empezando por cuestiones procedimentales, se alega que no se ha cumplido ni el RAMINP ni, subsidiariamente, el D. 109/1986 de la DGA, en concreto, se alega que no se ha cumplido ni con el trámite de calificación de la actividad del art. 33 RAMINP por parte de la Comisión Provincial, ni por la Ponencia Técnica municipal, ni se ha llevado a cabo el informe municipal del art. 30.2.c ni se ha llevado a cabo el informe por parte del jefe local de sanidad.

Al respecto, debe de tenerse en cuenta que el RAMINP, de 1961, ha venido sufriendo ciertas transformaciones y alteraciones. Entre ellas, en Aragón, la dada por el D 109/1986 por el que se regula la intervención de la Diputación General de Aragón en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y en el cual se regula la exención de la necesidad del trámite e informe de actividades por la Comisión Provincial. Ello se refiere a las actividades reguladas en el Anexo I de la Instrucción aprobada por Orden de 15-3-1963. En su art. 3 se dice: *Para obtener esta exención, cada municipio deberá solicitarlo expresamente, mediante acuerdo motivado al Consejero de Urbanismo, Obras Públicas y Transportes, que lo elevará a la Diputación General de Aragón, para su resolución, atendiendo a la capacidad de gestión del municipio en esta materia, la relación de actividades que proponga, y la existencia de Ordenanzas Municipales de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y/o de Medio Ambiente que a aquéllas se refieran, aprobadas y*

vigentes. 3. *Aquellos Ayuntamientos que deseen acogerse a esta exención del trámite de calificación ante las Comisiones Provinciales de Medio Ambiente, deberán regular las actividades mediante Ordenanzas Municipales. En el procedimiento de aprobación, que se regirá por la legislación vigente sobre Régimen Local, informará la respectiva -Comisión Provincial de Medio Ambiente, en la forma prevista en el artículo 7 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y artículo 2.5 de la Instrucción de 1963. En los municipios que soliciten -exención, los informes de las Ordenanzas reguladoras de las Actividades, tendrán carácter vinculante para el órgano municipal.*” Exige, además, la creación de una Ponencia Técnica Municipal, según su art. 5.a, que dice: *“La calificación y la valoración de las medidas correctoras la llevará a cabo una Ponencia Técnica Municipal, de la que formarán parte, como mínimo, el Jefe Local de Sanidad o funcionario municipal Licenciado en Medicina y Cirugía, y un Técnico Titulado”*. En el caso presente, ni consta que se haya solicitado dicha exención, como han hecho algunos municipios, en concreto Jaca, BOA de 8-3-2000, ni tampoco consta la existencia de dicha Ponencia Técnica Municipal, no habiéndose aportado por el Ayuntamiento. La O. de 28-11-1986 regula el procedimiento para pedir la exención y la forma de actuación del municipio y de la Ponencia Técnica Municipal.

Ante todo ello, es claro el incumplimiento formal de la exigencia. En cuanto a sus efectos, pese al anterior incumplimiento formal, hay que tener presente una serie de datos. En primer lugar, ésta es la forma de actuar en todo tipo de licencias por parte del Ayuntamiento desde hace muchos años, sin que en ningún momento la DGA haya hecho valer sus competencias al respecto, en lo que supone un tácito reconocimiento de que el Ayuntamiento suple la actuación de la Comisión Provincial para este tipo de actividades. Debe de tenerse en cuenta que en el momento en el que se dictó el D 109/1986, el volumen de actividad y el propio presupuesto del Ayuntamiento de Zaragoza podían ser similares, e incluso superiores, a los de la DGA, y que tal D tenía por objeto al par que incrementar el reconocimiento de la autonomía municipal, restringida o vigilada por un Decreto preconstitucional, el descongestionar la propia actividad de la DGA, que podría haber quedado paralizada en esta materia por el control sobre una administración con sobrados medios técnicos para dicho control. Por tal motivo, lo relevante no es tanto la existencia formal de la exención como la posibilidad legal de la misma, la capacidad municipal para eximirse y el reconocimiento tácito por la DGA de una y otra. En el caso presente, la posibilidad legal existe, la capacidad material es conocida, acreditada en múltiples licencias revisadas por estos juzgados, dado el plantel de técnicos de todas clases -no hay más que ver los que han intervenido en el asunto- y dada la ausencia de toda restricción y control por la DGA, que permiten concluir que conoce y acepta la situación. En tales circunstancias, se puede hablar de defectos formales, aunque sean relevantes, por lo que tal hecho en sí, al no haber causado indefensión alguna, no sería susceptible de anulabilidad, conforme al art. 63.2 de la Ley 30/1992, ya que, no se olvide, la competencia para resolver, y cuya infracción si podría determinar la nulidad conforme al art. 62.1.b, es del Ayuntamiento.

CUARTO.- La anterior conclusión nos lleva a resolver en similar sentido respecto de las otras cuestiones. Así, en cuanto a la falta de un informe, art. 30.2.c RAMINP, del Ayuntamiento, el mismo carece de sentido si no debe de remitirse a un órgano distinto, la Comisión, siendo lo relevante la resolución que dicte por el propio ayuntamiento con base en los informes que posea.

Con relación a la infracción del art. 30.2.b, que dice: *“Unidas las reclamaciones u observaciones que se presenten al expediente, se someterá a informe del Jefe Local de Sanidad y de los técnicos municipales competentes, según la naturaleza de cada actividad”*, hay que entender que el informe debe de ser de aquellos técnicos competentes según la naturaleza del caso, como puedan serlo bien el Jefe Local de Sanidad, bien otros técnicos. Es decir, no cabe entender que deba de ser del Jefe Local de Sanidad y de otros técnicos, éstos según el caso, ya que hay supuestos en los que no tiene sentido el informe del Jefe Local de Sanidad, como puedan serlo instalaciones peligrosas o molestas, casos en los que no tiene relevancia dicho informe, que sí lo tiene en el supuesto de instalaciones nocivas o insalubres, en las que debe determinar en qué medida inciden en la salud. Por otro lado, tal

exigencia queda relativizada, en cuanto al momento de emisión, tras el D 347/2002, que ha configurado lo que antes era licencia de apertura como licencia de puesta en funcionamiento o de puro control, art. 158, con lo cual lo relevante, de ser necesario tal informe, será controlar a la hora de la licencia de apertura, si no se cumplen con las exigencias que puedan influir en la salud, y que serían las relativas a las consumiciones, siendo poco o nada lo que pueda decir respecto de la licencia de instalación o de obra. Finalmente, la exigencia del RAMINP habría quedado superada por el art. 42.1 del RGPEAR, que remite la necesidad de tal informe sanitario a la licencia de apertura. Dicho informe se emitió recientemente, 27-3-2006, por lo que carecería de sentido estimar el recurso para retrotraer y que se ratifique dicho informe.

Respecto de los efectos aditivos, negados por el Jefe de la Sección Técnica de Actividades, éstos no vienen dados, ni pueden venir dados, por los incumplimientos de otros establecimientos, pues es obvio que no se puede hacer pagar a un tercero por los incumplimientos de otros establecimientos, que en última instancia serán. Su competencia, sito que vendrían dados, de existir, por el ejercicio normal de la actividad del interesado. Es decir, si dicha actividad necesariamente implicase incrementar los efectos perjudiciales de otras actividades en su ejercicio normal. En este caso, sin embargo, ello se evita con las correspondientes prescripciones y con la imposición de las medidas de aislamiento y los horarios correspondientes. Por tanto, no se puede negar a alguien la licencia porque otros incumplan la suya.

QUINTO.- En cuanto al incumplimiento del art. 43.2 del Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, REGPEAR, RD 2816/1982, que dice: “2. *En la resolución se determinará, en relación con las características del local y de sus instalaciones y servicios, el aforo máximo permitido, el número máximo de personas que puedan actuar en él y la índole de los espectáculos o actividades recreativas o servicios que se pueden ofrecer instalaciones técnicas material o maquinaria de todo tipo cuya existencia se prevea y que las condiciones del local o recinto permitan así como las medidas que se considere necesario imponer como complemento de las contenidas en el Proyecto para garantizar la higiene, seguridad y comodidad*”, hay que tener presente que ello afectaría posteriormente, a la licencia de apertura o de puesta en funcionamiento, no a la de instalación, además de que, a través de los informes, se ha establecido la índole de los espectáculos, acotando la actividad a la de café-cantante, lo que es un concepto jurídico indeterminado; se ha reconocido un aforo, 192 personas; y se han establecido las correspondientes medidas correctoras.

SEXTO.- En relación a que el aforo está mal calculado, se plantea un problema interpretativo, en relación con el art. 6.1 de la NBE-CPI/96, RD 2177/1996, que establece los siguientes criterios de ocupación: “a) *Una persona por cada 0,25 m² en zonas destinadas a espectadores de pie. b) Una persona por cada 0,50 m² en:*

-zonas de público en discotecas.

-zonas destinadas a espectadores sentados, cuando el número y situación de los asientos no estén definidos en la documentación a la que hace referencia el art. 3.1. Cuando estén definidos, la ocupación podrá evaluarse a razón de una persona por cada asiento c) Una persona por cada 1,00 m² en

-zonas de uso público en bares, cafeterías, etcétera

-salones de uso múltiple en hoteles, edificios para congresos, etcétera”, entendiéndose que debe de aplicarse el b, si no el a, frente al c que ha aplicado el Ayuntamiento. Tal consideración debe de rechazarse, y ello por cuanto la actividad preponderante es la de café, ya que según el párrafo primero de dicho art. 6, en aquellos recintos o zonas no citados a continuación se aplicarán los valores correspondientes a los que sean más asimilables. Es claro que la actividad que se va a realizar todos y cada uno de los días y horas es la de café, más que la de espectáculo, que será los días propicios para ello, aparte de que el tipo de espectáculo previsto es más adecuado para situaciones de relaxo y tranquilidad, poco compatibles con altas densidades de ocupación. En esto el Ayuntamiento deberá de ser especialmente vigilante, según se ha dicho, a fin de evitar un abuso de la licencia. La recurrente

apoya su argumentación en que éste es el criterio seguido en otras ocasiones para supuestos similares, en concreto para el C.S. y para el C. de Violante de Hungría, pero ello debe de rechazarse. En primer lugar, porque no se trataba de los mismos establecimientos, al ser cafés-teatro, que no son lo mismo, por lo que no es adecuado el término de comparación. El segundo motivo es que según informa la propia licencia, en contestación a alegaciones, existió un error, en vías de tramitación por expediente 94261705, respecto de este último. A todo ello hay que añadir un argumento solvente del Ayuntamiento, que en el Nomenclator del RGPEAR, los cafés-cantante están incluidos en el Nomenclator IC-7, junto a cafés, cafeterías, etc, y no en el I.1, en el que se incluyen teatros, conciertos, cines, circos. En cualquier caso, se han mencionado dos supuestos, no habiéndose acreditado que se trate de un criterio sostenido, además de que se habría argumentado el mismo en la propia resolución, tal y como exige el art. 54.1.c de la Ley 30/1992.

Por tanto, el aforo es correcto, además de que el mismo, como apunta el letrado municipal, en última instancia favorece a la recurrente, pues permitirá un uso menos intenso del local, aunque le impide, con ello, argumentar la limitación de la posibilidad de uso de planta sótano para más de 100 personas.

SÉPTIMO.- Con relación a que no es un café-cantante, hay que partir de lo ya dicho antes, la licencia que se da es a solicitud de la parte, no pudiendo hacerse juicios de intenciones sobre el uso o actividad real que al final se le dé lo que corresponde a la fase de control e inspección de actividades. Ciertamente es que podría intentarse un fraude de derecho, obteniendo una licencia factible para realizar luego una actividad distinta, pero eso debe determinarse en una fase posterior. Ciertamente es que no se prevé vestuarios o camerino, pero también lo es que con un pequeño escenario y con unas pequeñas dimensiones de la planta baja no parece que requiera, no exigiéndose por la norma, grandes instalaciones, pudiendo vestirse en cualquier otra dependencia del local, o incluso emplear biombos o sistemas similares. En cuanto a que tiene una cabina de disc-jockey, no hay norma tampoco que prohíba que se tenga música ambiente cuando no hay espectáculo. En cuanto al tamaño o ubicación del escenario, es una crítica carente de sentido en cuanto es una decisión que compete a la parte, condicionada, además, por la forma del local. Es igual que si se criticase, si así se hubiese previsto, la inadecuada colocación de la máquina de café en el office o dependencias de camareros en lugar de en la barra, que sería, como ésta, una crítica de gestión carente de trascendencia jurídica.

En todo caso, cabe insistir que el Ayuntamiento tiene una especial obligación de comprobar, dado que se ha advertido por la recurrente de forma reiterada, que se cumple la actividad, de forma regular, de café-cantante.

OCTAVO.- Respecto de la anchura mínima del espacio público al que recae el local, se alega que da a la antigua calle Forment, la cual si bien ha sido incluida dentro de la Plaza del Pilar, tiene un desnivel, salvado con un pretil, en relación con ésta, de modo tal que tiene una anchura de entre 5,80 y 6,45 metros. Ello infringiría la anchura de 7 metros prevista por el 2.6.1.16 del PGOU para los establecimientos de hasta 300 personas (descartado que el aforo sea superior). Idéntica regla se contiene en el art. 2 del RGPEAR.

Es una cuestión interpretativa, debiendo de considerarse acertado el criterio municipal, pues estamos ante una Plaza mucho más ancha, que ha permitido además que la casa de la Comunidad recurrente tenga la altura que tiene de cinco pisos. De no haber existido antes una calle, posiblemente ni se habría planteado la cuestión. La finalidad de tal anchura es permitir la circulación rodada, según el PGOU, a fin de que haya acceso de vehículos de bomberos y ambulancias, así como evitar que se amontone la gente que pueda salir corriendo del local. En este caso, no sólo son suficientes por poder acceder al resto de la plaza, pudiendo además operar los bomberos desde la parte de abajo del pretil, sino que además, al ser peatonal, hay la seguridad de que nunca va a haber un vehículo mal aparcado que estorbe el acceso. De hecho, mucho más dificultoso para una evacuación peatonal es que haya, por ancha que sea la calle, coches aparcados, aunque sea correctamente, delante del local, que establezcan una barrera en la que tropiece la riada de clientes que huyan de aquél.

NOVENO.- Con relación a las barreras arquitectónicas, se alegan dos cuestiones, una es el incumplimiento de la normativa de acceso del D 19/1999 en cuanto a la puerta, las rampas de acceso y la inexistencia de una zona de “embarque” y otra en cuanto no está previsto el acceso a la planta sótano, al ser la superficie construida y útil superior a 500 m².

En cuanto a la inexistencia de área de embarque de 1,50 metros, según el art. 15.4 de la Ordenanza Municipal de Supresión de Barreras arquitectónicas de 27-12-2000, BOA de 22-1-2001, la misma se cumple. Si se examina el plano 5-b del Anexo de 29-7-20004, se observa cómo hay una rampa que del 10 %, que no supera el 11%, que se precisó por el perito de la demandada, señor H., director de la obra, en el mismo plano con bolígrafo azul Al final de la rampa hay un pasillo que supera las citadas medidas, sin que la existencia de una puerta incumpla la norma, pues la misma no hace tal referencia, sino únicamente que si hay una esquina deba de existir un espacio previo a ella de un metro, lo que se cumple.

En relación con el incumplimiento del D 19/1999 de 9-2 de la DGA, a efectos de exigir la accesibilidad, según lo establecido en el art. 16 y en el Anexo II, por lo que no bastaría con la practicabilidad, el art. 18.1 dice que son de uso público los “*Establecimientos comerciales de superficie superior a 500 m²*” suscitándose en este caso una cuestión interpretativa, pues mientras la recurrente entiende que debe de computarse la superficie total, que incluiría las zonas no accesibles al público, y que es de 669,5 m², el Ayuntamiento entiende que es la superficie abierta al público, que es inferior a 500 m². Teniendo en cuenta que el enunciado del precepto dice “*Se considerarán edificios de uso público aquellos edificios, espacios e instalaciones cuyo uso implique concurrencia de público, ya sean de titularidad pública o privada que, sin carácter exhaustivo, se expresan seguidamente*”, es claro que la nota definidora de tal exigencia es la presencia o acceso del público, por lo que la superficie relevante debe de ser la de acceso del público, no teniendo sentido extender su exigencia a zonas en las que no puede entrar el público, cuando la finalidad de la misma es hacer lo más accesible posible al público minusválido un local recreativo o comercial, siendo ilustrativo el ejemplo dado por la codemandada, ya que un comercio de 80 metros con un almacén de 430 quedaría incluido, según el criterio de la recurrente, mientras que un espacio comercial de 470 m² con un almacén de 20 m² no quedaría incluido. En definitiva, es correcto el informe municipal de 20-10-2004, folio 323.

DÉCIMO.- Con relación a las normas de evacuación de incendios, se alega que el punto 7.2.3.a del RD 2177/1996, NBE-CPI/96 exige que “*La longitud del recorrido desde todo origen de evacuación hasta algún punto desde el que partan al menos dos recorridos alternativos hacia sendas salidas, no será mayor que 25 m*” y que el modo de cómputo del recorrido se regula en el 7.1.1. que dice: “*Origen de evacuación. Para el análisis de la evacuación de un edificio se considerará como origen de evacuación todo punto ocupable. Sin embargo, en viviendas y en todo recinto que no sea de densidad elevada y cuya superficie sea menor de 50 m², como por ejemplo, habitaciones de hoteles, de residencias, de hospitales, etc, el origen de evacuación, puede considerarse situado en la puerta de la vivienda o del recinto.*

Cuando varios recintos que no sean de densidad elevada estén comunicados entre sí y la sarna de sus superficies sea menor que 50 el origen de evacuación también podrá considerarse situado en la puerta de salida a espacios generales de circulación.

Se considera que los recintos o las zonas a los que se refiere el articulado no plantean problemas de evacuación en su interior debido a su escasa superficie, a su reducida ocupación y al tipo de ocupantes que habitualmente albergan. Por ello, esta norma básica no establece condiciones de evacuación en su interior”. Se suscita de nuevo una duda interpretativa, pues para el Ayuntamiento debe distinguirse entre zonas de densidad elevada de ocupación, de baja densidad y de nula ocupación. Esta última categoría resulta al amparo del art. 6.2, que dice: “Los valores de densidad de ocupación que se establecen a continuación. Se aplicarán a la superficie construida del edificio, excepto a la de los recintos y las zonas de densidad elevada y a la de los recintos y las zonas de ocupación nula, considerando como tales los accesibles

únicamente a efectos de reparación o mantenimiento y aquellos cuyo uso implique sólo una ocupación ocasional.

Como locales de ocupación ocasional se pueden considerar las salas de máquinas de instalaciones, locales de material de limpieza, los aseos de planta, etcétera". Por tanto, junto a los de densidad elevada, art. 6.1, están los de baja densidad, art. 6.2, y los de nula u ocasional ocupación, las excepciones al 6.2. El problema concreto se suscita, en este caso, en el recorrido que reflejó el perito D. T.B. en el Plano 4 de su informe. En él consta un recorrido, el E-H, de 23,4 metros, que cumpliría con la norma antes mencionada, y que es el computado en el proyecto, pero que el mismo considera incorrecto, ya que el punto E de origen no es el correcto, ya que el mismo es la puerta que da lugar a unas dependencias formadas por un almacén, dos cuartos de máquinas, uno en planta baja y otro en planta sótano, y una escalera, de la que se cuenta la proyección horizontal excluida la superficie bajo correas que no supere 1,90 metros, que suman más de los 50 m² mencionados. El mismo, pese a su vacilación en el acto de emisión de la pericial ante la exhibición del mencionado art 6.2, manifestó en el dictamen inicial y en una aclaración posterior que tales zonas deben de ser consideradas como de baja densidad, y que por ello, al superar en conjunto los 50 m², en concreto son 62,54, no podrían ampararse en la regla del 7.1.1, que permite fijar la puerta como origen de la evacuación, por lo que todo punto debe de ser considerado origen de la evacuación, no sólo la puerta, con lo cual el recorrido sería de 29 m, hasta la puerta más próxima que da a un recinto menor de 50 m., según se ve en el plano 3 de su informe y que suma 5,6 metros a los 23,4 fijados hasta la puerta del recinto conjunto superior a 50 m².

La interpretación correcta debe de ser la del Ayuntamiento, ya que no puede ignorarse el art. 6.2. Ciertamente es que el 7 no zonas de nula ocupación, pero ello es lógico, ya que si son de nula u ocasional ocupación no tiene sentido considerarlas como origen de evacuación de una ocupación inexistente, reducida a la puesta en marcha de la máquina o a la reparación. Es decir, no se considera, a efectos del art. 7.1, como "punto ocupable", lo que lo excluye del cómputo como origen de evacuación. Podría discutirse si acaso el almacén, al no incluirse en la relación, por otra parte abierta, del art. 6.2, pero no cabe duda alguna de las salas de máquinas. Con ello, aunque el almacén se computase como zona de baja densidad de ocupación, su superficie es de 16,52 m², con lo cual no supera los 50 m² y el punto de origen es la puerta.

Así mismo, en cuanto a que hay una puerta con el sentido invertido, el perito de la parte, autor del proyecto, ya indicó que era un error que se iba a corregir simplemente invirtiendo el sentido de la puerta y retranqueándola hacia el interior para dejar espacio de apertura en dirección a la salida. Es precisamente esa una de las modificaciones que se pueden llevar a cabo en la ejecución de una licencia de obra e instalación, en cuanto en la misma se pueden hacer modificaciones menores por razones técnicas o por ajuste a la normativa. Carecería de sentido anular la licencia por algo así, una vez advertido el error, aparte de que el control del ajuste a las normas Antiincendios se hace en la fase de licencia de apertura o de puesta en funcionamiento. En este caso se presentó el informe de 14-2-2006, que consideraba cumplida la normativa. En cuanto al aforo, ya en la pericial se indicó que un retranqueo de 80 cm sólo podría afectar a una persona, en el sentido de disminuirlo al reducir el espacio para el público, incluso menos, por ser la densidad de 1 persona por m², por lo que carece de trascendencia en tal sentido.

UNDÉCIMO.- Con relación a la alegación sobre humos y aire viciado, se ha intentado atacar de diversas maneras el asunto. Como primera cuestión, cabe decir que la DT 1ª de la LUA considera no aplicables las Normas Subsidiarias de la Provincia de Zaragoza en cuanto tiene Zaragoza Plan General adaptado a la ley.

El proyecto cumple al estar prevista la extracción por aire forzado, sin ser necesaria chimenea. No es aplicable el art. 5.3.2 de la Ordenanza General de Edificación, en cuanto no estamos ante la producción de gases, sino de aire producto de la respiración humana, es decir viciado, habiendo una evacuación propia del grupo electrógeno.

Por otro lado, no se ha incumplido con la obligación del art. 18.2.1 NBE-CPI que limita la extracción en 10.000 m³/hora, ya que la extracción es de un máximo de

10.000 m³ hora, sin que el sistema de aire acondicionado tenga sistema autónomo de extracción de aire, el cual no es necesario, tal y como se aclaró en la pericial de la demandada, en que el perito de la demandada explicó las instalaciones, al tener un sistema de impulsión y retorno interno, con lo cual no se suma a la extracción general la posible, pero no obligatoria, extracción por medio del aire acondicionado. Por otro lado, se aclaró que lo que va por los pasillos de evacuación es el aire que entra, que lo hace por depresión, pero no el de salida, que se hace, cumpliendo con la normativa, por el falso, techo y; con carácter forzado, lo que permite pararlo a fin de evitar, en caso de incendio, avivar el fuego.

Respecto de la ventilación de aseos, se prevé por medio de un shunt, siendo irrelevante que se oponga la Comunidad de Propietarios, pues ello es una cuestión privada que no afecta a la licencia, sin perjuicio de que el incumplimiento de las exigencias de ventilación pueda controlarse en relación con la apertura. Por otro lado, el perito, autor de la obra, indicó que se iba a realizar a través de un inmueble vecino, del que es titular el mismo propietario, para soslayar la oposición de la Comunidad, haciendo notar además que la carencia de shunt hasta el tejado es achacable al inmueble.

DUODÉCIMO.- Con relación al grupo electrógeno, el mismo tiene un sistema de evacuación no por chimenea, lo que habría sido más suficiente y económico, debido a la oposición del inmueble, sino por extracción, según indicó el perito y según había considerado el ayuntamiento en informe de folio 401, en el que se hace referencia al plano visado el 22-4-2004 con nº 10. Cabe hacer notar que el mismo plano se repite dos veces como 10 y como 15, ambos con la misma fecha.

DECIMOTERCERO.- Aun cuando su falta de reflejo en las conclusiones implica un reconocimiento, dado que las mismas son un resumen de la demanda, de la falta de prosperabilidad de tales alegaciones, cabe decir brevemente, en cuanto a las distancias mínimas, que fueron objeto, por su incumplimiento, folio 56, de un informe negativo, que dio lugar a una modificación en el local en cuanto a las entradas, fruto de la cual fue la nueva medición, folio 264, de 151 metros, sin que tal conclusión sea enervada por el dictamen jurídico que nos da el arquitecto señor F.R., presumiendo en qué grupo, el II, deben de incluirse los establecimientos que menciona y que pertenecen al grupo I, lo que carece de base fáctica, pues no hay prueba al respecto sobre que tengan equipo musical que supere los 85 dba, siendo lo relevante, frente a terceros, la licencia que efectivamente tienen.

En cuanto al aislamiento, se adelantó la cuestión, pues con base en el proyecto se alegó lo erróneo de los cálculos, cuando en las periciales se puso de relieve que se partía de un presupuesto determinado de grosor del forjado, 250 mm, que no se correspondía con el existente, de 300 o 350 mm, según indicó el perito de la codemandada en relación con las tablas que se presentaron. En todo caso, no era el momento de plantearlo, ya que el aislamiento se verifica antes de la puesta en funcionamiento. Además de ello, el perito judicial dijo que se ajustaba a la normativa.

Respecto de la inexistencia de garaje, y sin entrar en mayores disquisiciones sobre lo que justificaría tal exigencia, al estar en el Área A, el coeficiente multiplicador, según el 2.4.8 PGOU es 0, por lo que el resultado es 0.

En consecuencia de todo lo anterior, la conclusión es el ajuste del proyecto a derecho, cabiendo señalar que ha sido objeto de numerosos informes y requerimientos de subsanación, con la necesidad de presentación de diversos anexos a fin de adaptar aquél a los requerimientos que iba llevando a cabo el Ayuntamiento, y los cuales se mencionan en el fundamento jurídico primero, debiendo recordarse al Ayuntamiento su deber de control de que la actividad para la que se ha concedido la licencia, café cantante es la que efectivamente se realice, tal y como por otro lado, se ha recalado en alguno de los informes y en la propia resolución recurrida, en la que se hace referencia a dicho control.

DECIMOCUARTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso conforme art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios de Plaza del Pilar n° 12 contra el acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 1-2-2005 que concedió la licencia urbanística y de actividad sujeta al RAMINP para la actividad de Café-Cantante al local de Plaza del Pilar, 12, Grupo III de la OM de Distancias Mínimas según Proyecto de obras de 29-10-2003 y 22-4-2004 con anexos de 6-3-2004, 7-4-2004, 5-5-2004 y 29-7-2004 y de instalación de 22-4-2004 y anexo de 8-6-2004, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº /2006. Sentencia de 20/01/2011

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA Y DE ACTIVIDAD. REGLAMENTO GENERAL DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. CAFE-CANTANTE.

Efectos aditivos de actividades análogas en proximidad, ausencia de prueba.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Jesús-María Arias Juana

MAGISTRADOS

D^a Isabel Zarzuela Ballester (*Ponente*)

D^a Nerea Juste Diez de Pinos

En Zaragoza, a veinte de enero de dos mil once.

En nombre de S.M el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, Sección Primera, en grado de apelación, el recurso número 143 de 2005, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Zaragoza, rollo de apelación número 228 de 2006, a instancia de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PLAZA DEL PILAR N^o 12, representada por el Procurador D. C.B.G. y asistida por el Letrado D. J.M.N.P., y como apeladas el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procurador D^a N.C. y asistida por el Letrado D. C.N.C., y S.M.,S.L., representada por la Procurador D^a M.J.S.G. y asistido por el Letrado D. R.A.C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de abril de 2006, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n^o Dos de Zaragoza, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso que interpuesto por la Comunidad de Propietarios Plaza del Pilar n^o 12 contra el acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 1-2-2005 que concedió la licencia urbanística y de actividad sujeta al RAMINP para la actividad de Café-Cantante al local de Plaza del Pilar, 12, Grupo III de la OM de Distancias Mínimas según proyecto de obras de 29-10-2003, 22-4-2004 con anexos de 6-3-2004, 7-4-2004, 5-5-2004 y 29-7-2004 y de instalación de 22-4-2004 y anexo de 8-6-2004, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso por la actora, recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, y dado traslado a las partes contrarias del mismo, fue evacuado conforme consta en Autos, siendo remitidas las actuaciones a esta Sala.

TERCERO.- Turnado a esta Sección Primera el recurso, y formado el correspondiente rollo, se celebró la votación y fallo del mismo el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de este recurso de apelación determinar la conformidad o no a derecho de la Sentencia del Juzgado de instancia que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios de Plaza del Pilar n^o 12 contra el acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 1-2-2005 que concedió la licencia urbanística y de actividad sujeta al RAMINP para la actividad de Café-Cantante al local de Plaza del Pilar, 12, Grupo III de la OM de Distancias Mínimas según proyecto de obras de 29-10-2003 y 22-4-2004 con anexos de 6-3-2004, 7-4-2004, 5-5-2004 y 29-7-2004 y de instalación de 22-4-2004 y anexo de 8-6-2004.

SEGUNDO.- La parte recurrente pretende que se revoque la sentencia y se

sustituya por otra que acuerde la anulación de la resolución administrativa impugnada, argumentando, en esencia, en contra de lo que se señala en la sentencia, e insistiendo, después de relacionar una serie de hechos que considera en la nulidad -que la sentencia rechaza- de la resolución administrativa haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992- por inobservancia del trámite de calificación de actividad e incumplimiento de la emisión de los informes que ordena el art. 30 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, en concreto, el informe del Jefe Local de Sanidad y de los técnicos municipales competentes, según la naturaleza de cada actividad, e informe de la Corporación Municipal que acredite si el emplazamiento propuesto y demás circunstancias están de acuerdo con las Ordenanzas Municipales y con lo dispuesto en el RAM; en la anulabilidad de la resolución administrativa por incurrir en infracciones del artículo 63 de la Ley 30/92 disintiendo de la sentencia en la determinación del aforo y las consecuencias del defectuoso cálculo del mismo, falta de reflejo en la licencia del número de personas que puedan actuar en el local, incumplimiento de anchura mínima del espacio público al que recae el local; incumplimiento de la normativa administrativa sobre prevención de incendios, incumplimiento de la normativa administrativa sobre supresión de barreras arquitectónicas supuesto de total accesibilidad para personas con minusvalías y otras limitaciones sensoriales y supuesto de acceso practicable, incumplimiento del artículo 5.3.2 de la Ordenanza general de la edificación, en relación con la evacuación de humos procedentes de la combustión del grupo electrógeno, y fraude de Ley.

TERCERO.- No obstante las extensas alegaciones efectuadas por la recurrente, esta Sala no puede sino llegar a la misma conclusión a la que llegó el Tribunal de instancia en la sentencia apelada, de ser conforme a derecho el acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 1-2-2005 que concedió la licencia urbanística y de actividad sujeta al Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos para la actividad de Café-Cantante al local de Plaza del Pilar, 12, -que en lo fundamental y lo que aquí interesa se detalla en la sentencia-.

Partiendo, como se señala en ella, de que nos encontramos ante una licencia de obras y de actividad, con exigencia posterior de licencia de apertura o acto de control de puesta en funcionamiento, sistema que se desprende de los artículos 30 y siguientes del RAMINP y del D. 347/2002, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, debe ponerse de manifiesto frente a las alegaciones de la recurrente:

Primero, respecto a los diversos incumplimientos en su concesión que reitera en relación con las cuestiones procedimentales de la licencia -ausencia de informes-, y por lo que aquí interesa en relación con las actuaciones administrativas objeto del presente recurso, que determinaría la nulidad por inobservancia del trámite de calificación de actividad e incumplimiento de la emisión de los informes que ordena el artículo 30 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, en concreto, el informe del Jefe Local de Sanidad y de los técnicos municipales competentes, según la naturaleza de cada actividad, e informe de la Corporación Municipal que acredite si el emplazamiento propuesto y demás circunstancias están de acuerdo con las Ordenanzas Municipales y con lo dispuesto en el RAM, carece de todo fundamento la nulidad pretendida por la recurrente al amparo del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992. La Sentencia da adecuada respuesta a la cuestión con razonamientos que la Sala sustancialmente asume. No concurre el supuesto de nulidad de ausencia absoluta de procedimiento determinante de la misma, puesto que por el Ayuntamiento, desde un principio, atendiendo a la actividad a realizar, se sometió el procedimiento a los más exigentes controles y se emitieron los correspondientes informes -según se deduce del expediente-, se abrió a información pública para que quienes se consideren afectados de algún modo por la «actividad» que se pretendía establecer, pudieran hacer las observaciones pertinentes -como así ocurrió-, y se hizo, además, notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento propuesto, que tuvieron la oportunidad de alegar cuanto estimaron oportuno en vía administrativa y, ejercitar sus derechos en vía

jurisdiccional -como ha ocurrido con la recurrente-, y si a lo sumo habría lugar a la anulabilidad ésta no se ha producido al no existir indefensión alguna a la parte al ser claro que se le ha dado trámite de audiencia amén de información pública y que ha formulado las alegaciones que ha estimado oportunas, y, como ha señalado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo -por todas STS de 14 de febrero de 2000- “la nulidad de los actos administrativos sólo era apreciable en los supuestos tasados del art. 47 LPA (art. 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre; LRJ-PAC, en adelante) y la anulabilidad por defectos formales, solo procedía cuando el acto carecía de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o producía indefensión de los interesados, según el art. 48.2 LPA (art 63.2 LRJ-PAC)”;... y, debemos reiterar que “no se produce indefensión a estos efectos si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también recurrir en reposición, doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE, si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas”-STS 27 de febrero de 1991-, “si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional”.

Por otra parte el informe sanitario fue emitido con carácter previo a la concesión de la licencia de apertura, como señala la sentencia por lo que carece de relevancia la referida alegación.

Y respecto a la inexistencia de los informes municipales sobre si en la zona o en sus proximidades, existen ya otras actividades análogas que puedan producir efectos aditivos, dichos efectos son negados por el Jefe de la Sección Técnica, como señala la sentencia, sin que se haya practicado prueba alguna que lo desvirtúe.

Segundo, frente a la alegada anulabilidad de la resolución administrativa por incurrir en infracciones del ordenamiento jurídico y en relación a lo que sostiene la recurrente respecto al cálculo del aforo y las consecuencias del mismo, la sentencia mantiene que es correcto -persona por m² de la superficie útil destinada a la actividad artículo 6.1.c de la NBE-CPI/96-, y así lo entiende la Sala, dada la actividad que va a realizarse de café-cantante, distinta de discoteca, y ser conforme con lo establecido en el artículo 43.2 del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos -RGPEP-, al haberse determinado, en relación con las características del local y de sus instalaciones y servicios, el aforo máximo permitido que fija en 192 personas la resolución impugnada. Este requisito cumple claramente el artículo 43.1 del Reglamento invocado que exige taxativamente que en las resoluciones que se dicten se determine, en relación con las características del local y de sus instalaciones y servicios, el aforo máximo permitido. Dicha exigencia, está conectada en forma obvia a la seguridad e integridad física de las personas que ocupen el local, aforo máximo de un local para no dificultar la comprobación municipal posterior de que se cumplan los límites de aforo, y el ejercicio de las competencias municipales en materia de prevención y protección de incendios, seguridad y salubridad pública -STS de 17 de julio de 1997-, no siendo entendible, atendible y acreditada la pretendida ampliación del aforo pretendido.

Por otra parte, teniendo en cuenta la actividad de café-cantante para la que se ha obtenido la licencia, y no otra, no es estimable la exigencia de los requisitos en relación con la ubicación tamaño y diseño del escenario y número máximo de personas que puedan actuar en él, en relación con la seguridad de los escenarios en los espectáculos públicos.

Tercero, discrepa del razonamiento de la sentencia en relación al incumplimiento de anchura mínima del espacio público en la salida del local, discrepancia que no comparte la Sala puesto que como señala la sentencia, siguiendo el criterio municipal, la antigua calle Forment, a la que recae el local, esta incluida en la Plaza del Pilar, salvando el desnivel existente un pretil, que no impide la circulación rodada a efectos de acceso de vehículos de bomberos y ambulancias, existiendo la posibilidad de actuar desde la otra parte del pretil, siendo además zona peatonal, a efectos de posible evacuación. Por lo que dadas las características de la ubicación del local y salida a espacio abierto -Plaza del Pilar- es correcta la interpretación de la sentencia.

Cuarto, insiste la recurrente, y discrepa de la Sentencia, en el incumplimiento de la licencia de la normativa sobre prevención de incendios en cuanto a la longitud

del recorrido de evacuación, manteniendo que punto ocupable para el cálculo del recorrido de evacuación lo son los cuartos de máquinas a los que considera de ocupación de baja densidad. La Sentencia considera que el cálculo del recorrido ha de ser efectuado desde cualquier punto ocupable -art. 7.1.1 del Real Decreto 2177/1999, de 4 de octubre por el que se aprueba la Norma Básica de la Edificación- y los cuartos de máquinas no son de densidad baja, sino de ocupación nula según declara el artículo 6.2, por ello el punto de origen de evacuación sería correcto y la longitud de recorrido inferior al exigido. Interpretación que corresponde a lo que se establece la norma en cuestión. El artículo 6 al referirse al “Cálculo de la ocupación”, determina: “Para la de las exigencias relativas a evacuación se tomarán los valores de densidad de ocupación que se indican en esta norma básica. En aquellos recintos o zonas no citados continuación aplicarán los valores correspondientes a los que sean más asimilables”. Posteriormente, el artículo 6.1 señala los valores de densidad de ocupación que se aplicarán a la superficie útil destinada a cada actividad en relación con los recintos o zonas de densidad elevada; y el artículo 6.2 los referidos a los recintos, zonas o edificios de baja densidad: “Los valores de densidad de ocupación que se establecen a continuación. Se aplicarán a la construida del edificio, excepto a la de los recintos y las zonas de densidad elevada la de los recintos y las zonas de ocupación nula, considerando como tales los accesibles únicamente a efectos de reparación o mantenimiento y aquellos cuyo uso implique sólo una ocupación ocasional. Como locales de ocupación ocasional se pueden considerar las salas de máquinas de instalaciones, locales de material de limpieza, los aseos de planta, etcétera”. De manera que es igualmente desestimable el motivo examinado.

Quinto, sobre la normativa administrativa de supresión de barreras arquitectónicas: supuesto de total accesibilidad para personas con minusvalías y otras limitaciones sensoriales y supuesto de acceso practicable, discrepa de la sentencia entendiendo que debe computarse para el cálculo de la superficie de uso público no solo la de dicho uso público sino también aquella otra no accesible al público, lo que conllevaría el sometimiento a unas condiciones de accesibilidad que no se han cumplido. El Tribunal de instancia razona que los espacios no accesibles al público no constituyen destino al público y ni pueden ser si no son uso público, ni pueden computar o ser evaluados, por tanto, como espacios públicos, considerando conforme a derecho el denominado acceso practicable -el aprobado- en cuanto dispone de área de embarque y de desembarque. Conclusión, que igualmente comparte la Sala y responde a lo establecido en el Decreto 19/1999, de 9 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas, de Transportes y de la Comunicación que en el artículo 18, en relación con los edificios con cumplimiento de la accesibilidad establece: “1. Se considerarán edificios de uso público aquellos edificios, espacios e instalaciones cuyo uso implique concurrencia de público, ya sean de titularidad pública o privada que, sin carácter exhaustivo, se expresan seguidamente ... establecimientos comerciales de superficie superior a 500 m². Los establecimientos comerciales de superficie comprendida entre 100 m² y 500 m² los accesos deberán ser practicables”. En el mismo sentido la Ordenanza de supresión de barreras arquitectónicas y urbanísticas del municipio de Zaragoza, artículo 4.1 “Se considerarán edificios de uso público aquellos edificios, espacios e instalaciones cuyo uso implique concurrencia de público, ya sean de titularidad pública o privada que, su carácter exhaustivo, se expresan seguidamente... Establecimientos comerciales de superficie superior a 500 m². En los establecimientos comerciales de superficie comprendida entre 100 m² y 500 m² los accesos deberán ser practicables”. El informe técnico municipal obrante al folio 323 del expediente administrativo, partiendo de la normativa expuesta concluye que la superficie destinada al público en el local en cuestión es inferior a 500 m², con independencia de que la total construida sea superior y por lo tanto solo se exige que el acceso sea practicable. El motivo es, igualmente, desestimable.

Sexto, la alegación de incumplimiento del artículo 5.3.2 de la Ordenanza General de la Edificación relación con la evacuación de humos procedentes de la combustión del grupo electrogeno no desvirtúan los razonamientos del Tribunal de instancia, de los fundamentos undécimo y duodécimo de la sentencia en los que no se aprecia irregularidad alguna.

Y por último, alega la recurrente fraude de Ley por interesar la solicitante una licencia para una actividad que no puede desarrollar, con la única finalidad de dedicar el establecimiento algo distinto y aprovecharse del horario máximo de apertura reconocido a los café-cantante. De acuerdo con el art. 6.4 del Código Civil existe el fraude de ley cuando se realizan actos contrarios al ordenamiento jurídico al amparo de una norma dictada con finalidad distinta, de tal manera que para enervar dicho fraude se precisa, la aplicación de la norma cuyo cumplimiento se trata de eludir, y en el supuesto que se enjuicia no es apreciable la situación de fraude que se aduce por la recurrente por lo que este motivo no puede ser acogido. Y, en todo caso, como señala la Sentencia a la Administración corresponde el control del cumplimiento de la licencia en los términos de su concesión con los efectos correspondientes en el supuesto de que no se cumplieran.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas de los recursos de apelación a los respectivos recurrentes al desestimarse los mismos, y no apreciar la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

En atención a lo expuesto este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente:

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la COMUNIDAD DE PROPIETARIO PLAZA DEL PILAR Nº 12, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Zaragoza de fecha 25 de abril de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 143 de 2005.

SEGUNDO.- Imponer las costas del recurso de apelación al recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los Autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.