
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 706/2003
Sentencia nº 405 (5-10-2004)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. CAFETERÍA Y CAFÉ-TEATRO.

Recurso de Comunidad de Propietarios contra concesión de licencia.

Normativa: Ordenanza de Distancias Mínimas y Circular.

Equipamientos públicos con actividad complementaria de cafetería-restaurante: no resulta aplicable a Ordenanza de Distancias Mínimas.

No se equiparan dotaciones públicas y establecimientos privados (lucrativas).

Dotaciones culturales o deportivas.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza , a cinco de octubre de dos mil cuatro

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 706 /2003 —Sección A seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente Comunidad de Propietarios de Violante de Hungría de Zaragoza, representada por el Procurador D. P.L.B.T. y defendida por el Letrado D. J.G.D.B. y de otra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Dña. N.C.A. y defendido por el Letrado D. J.M.M. y como codemandada H.R., S.L., representada por la Procuradora Dña. M.N.G. y defendida por el Letrado D. A.U.C., sobre res. 12-9-03 concede licencia cafe y café-teatro, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Que mediante escrito se interpuso por Comunidad de Propietarios de C/ Violante de Hungría de Zaragoza recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 12 de septiembre de 2003, que resolvió conceder a H.R., S.L. licencia urbanística y de actividad sujeta al Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos, para la actividad de cafetería y café-teatro, en local sito en calle Violante de Hungría de Zaragoza. Exptes. nº 1.184.618/02, 531.904/03, 531.977/03, 367.875/03 y 531.916/03. Área de Urbanismo.

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 por resolución de fecha 9-12-03, se tuvo por personada y parte en el presente recurso como codemandada a la sociedad H.R., S.L., representada por la Procuradora Sra. N.J., dándole vista de lo actuado en Secretaría.

TERCERO.– 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, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en autos.

Por resolución de fecha 15-3-04, se dio traslado a la parte codemandada H.R., S.L., para que en el plazo de veinte días contestase a la demanda, habiéndolo hecho con el resultado obrante en autos.

CUARTO.– Que mediante auto de fecha 20-4-04 se acordó fijar; la cuantía del recurso en 230.758 euros.

Recibido el procedimiento a prueba por la parte actora se propuso determinada prueba documental, 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 escritos presentados por las partes y quedando los autos a disposición de S.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 la resolución de 12-9-2003 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que concedió licencia de acondicionamiento e instalación del local sito en la calle Violante de Hungría para la actividad de Café y Café-Teatro perteneciente al grupo III de la OMDM, y que se ha abierto con el nombre de «C.T.».

Se alega que se ha incumplido la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas al no haberse tenido en cuenta la existencia a 50 metros del Auditorio de Zaragoza, que posee instalación de hostelería, ni tampoco la actividad del grupo III realizada por el Restaurante E.F., a unos cien metros, considerándose contraria al ordenamiento jurídico la Circular aprobada el 19-5-2003, respecto de la que se plantea la posible cuestión de ilegalidad por infracción del principio de jerarquía normativa. Así mismo, se alega que se emplearon medios torticeros para eludir la orden de paralización y que se abrió el local antes de tener licencia.

SEGUNDO.– Como primera cuestión, cabe alegar la irrelevancia a estos efectos de la Circular de 19-5-2003, ya que la misma, por su propia naturaleza, ni puede afectar a la OMDM ni puede considerarse siquiera disposición normativa que vincule a los jueces y tribunales, precisamente por tener un mero carácter

interpretativo y de unificación de criterios. Por tal motivo, si se considera incorrecta la aplicación de la OMDM, la actuación se puede anular, con independencia de que La misma coincida con el criterio plasmado en dicha Circular, que no será aplicada, por lo que no resultaría necesario plantear cuestión de ilegalidad, ya que la misma tiene por finalidad expulsar definitivamente del ordenamiento jurídico disposiciones normativas que por ilegales o contrarias al principio de jerarquía normativa se dejan de aplicar en un caso concreto por un juez que no es competente para anular dicha disposición. Si no tiene carácter normativo, el juez simplemente la deja de aplicar, por carecer de sustantividad.

En cuanto a los avatares de la licencia, en el curso de cuya obtención al parecer se duplicaron las solicitudes, pidiendo licencia para local de venta de electrodomésticos, son también ajenos a este procedimiento, en cuanto tal posible fraude de ley habría influido únicamente en la elusión de la orden de paralización, pero en modo alguno ha podido influir en la obtención de la licencia. Del mismo modo, el que se haya abierto sin licencia de apertura es también irrelevante para resolver sobre la precedente licencia de acondicionamiento, cuya legalidad o ilegalidad no se puede ver afectada por un acto posterior, y ni la concesión de licencia de apertura hace legal la de acondicionamiento, ni la no concesión de la de apertura haría aquella ilegal. Todo ello sin perjuicio de las actuaciones procedentes que al parecer está llevando a cabo el Ayuntamiento para clausurar una actividad que es clandestina en tanto carezca de licencia de apertura y sin perjuicio también del posible procedimiento sancionador y del peso que en la valoración de dicha posible sanción pueda tener el haber empleado medios torticeros para no tener que paralizar en su momento las obras.

TERCERO.— Empezando por lo más sencillo, la actividad que E.F. pudiera realizar enmarcable en el Grupo III es irrelevante para el caso, ya que la OMDM al establecer las limitaciones en las licencias por la preexistencia de otras licencias del mismo tipo en un radio determinado, atiende únicamente a las actividades legales que cuenten con la concreta licencia que pueda ser obstativa, ya que no puede dársele relevancia para impedir la concesión de licencias a actividades que son clandestinas, con lo cual se produciría el paradójico efecto de que la actividad ilegal de un sujeto impediría el ejercicio legal de la actividad de otro. En ese sentido se pronunció el TSJA el 28-2-2003 rec. nº 1455/1998. En un caso como el presente, la licencia de El Foro es de restaurante, por lo que las actividades que excedan de la misma no pueden obstaculizar la obtención de licencia por terceros.

CUARTO.— Con relación a que el Auditorio debe de computarse a efectos de la OMDM, dado que debería estar incluido en el art. 3.2, Grupo III de la OMDM, al tener incorporada a una cafetería se argumenta en primer lugar que ésta, art. 1, se refiere a las «actividades reguladas en el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas», aprobado por RD 2816/1982 de 27 de agosto, destinado a «Evitación de molestias derivadas del ejercicio de las mismas, del incremento apreciable de molestias por el vecindario y para la correcta función y seguridad de las vías públicas, así como de las molestias derivadas de la exce-

siva proximidad o concentración en el espacio de este tipo de usos, evitando de esta forma efectos aditivos que suponen un deterioro apreciable de la calidad de vida o del medio ambiente». Tal redacción conlleva desde luego una necesidad de interpretar si se incluyen en la aplicación de la Ordenanza los espectáculos de carácter público cuando conlleven servicios de hostelería, máxime si se tiene en cuenta que en el punto 3.2 de la OMDM se establecen una serie de categorías entre las que no se incluye el Auditorio, así como que tampoco, en defecto de las mismas, el mismo se incluye en el IAE.

El estudio de la cuestión lleva a concluir que no es aplicable dicha OMDM a los equipamientos públicos, aunque en los mismos, pueda haber, como en el caso del Auditorio, una actividad complementaria de cafetería restaurante, si la misma tiene horario coincidente con el del equipamiento y se accede a la misma desde éste, careciendo, en definitiva, de público que no sea el asistente al equipamiento, con lo cual no existirían los vicios de nulidad y anulabilidad denunciados, no existiría la desviación de poder que se invoca.

Las razones son múltiples. En primer lugar, la propia OMDM nos remite, art.2.4 al PGOUZ y a la normativa urbanística en particular, pues dice que tal precepto se aplicará de conformidad con el mismo y dicho precepto, art. 2.1, se refiere al ámbito de aplicación de la OMDM. Ello supone tener en cuenta la diferencia existente entre los usos terciarios recreativos, art.2.7.11 del PGOU, en el que se incluyen las zonas de esparcimiento que no puedan ser consideradas como poseedoras de valores culturales (en los usos terciarios recreativos se incluyen todos los tipos relacionados en el art. 3 de la OMDM) y, art. 2.7.13 el uso de equipamientos, destinados entre otros a las necesidades de cultura, y en cuyo punto 7 se ubican los espectáculos, entre los que están las actuaciones en salas de concierto. Precisamente en cuanto a la calificación de los usos, que hay que insistir que se debe de tener en cuenta según. el art. 2.4 de la OMDM, los usos terciarios recreativos, art. 2.7.1.I.B.5, se incluyen como usos lucrativos mientras que los del sistema de equipamientos, art. 2.7.1.II.B, se incluyen como sistema de dotaciones culturales, punto 5, o de espectáculos, punto 7.

Desde otro punto de vista, la remisión que, para determinar la anchura de calles, se hace en el art. 2.6.16.3 al RGPEAR es sólo a la cuestión de los espectáculos, que es el elemento relevante, y no a las actividades accesorias de hostelería que, según la recurrente, determinarían la inclusión del Auditorio en el Grupo III.

No empaña la anterior argumentación el que el Auditorio contenga una cafetería o similar, ya que la misma no tiene un carácter autónomo, con acceso independiente, sino que está ubicada dentro del establecimiento, es de acceso sólo para los asistentes al espectáculo y se centra en horarios del mismo, como pueda ocurrir, por ejemplo, con el bar de L.R. En este sentido, y con respecto a un caso más discutible, una barra de bar en un supermercado, se pronunció en la sentencia del Juzgado nº 3 de 15-7-2003, PO 102/2002, que consideró la accesoriedad comparando las superficies destinadas a cada actividad, lo que también se daría en el presente supuesto.

Por tanto, este es un primer punto, quizá el más relevante, para considerar que en la OMDM se deba de excluir a aquellos equipamientos con tal clasificación, aunque puedan conllevar como actividad complementaria bares, cafeterías o restaurantes.

El segundo motivo es que la finalidad del RGPEAR, la regulación general de los espectáculos y actividades recreativas, no coincide con el de la OMDM, que es sectorial, en concreto la ordenación de la distribución territorial de las licencias, pues precisamente lo que tiene por objeto es evitar determinadas concentraciones y el consiguiente incremento, en un sector concreto, de las actividades molestas o perjudiciales. Ello obliga a considerar con cierta cautela los efectos de la remisión a tal Reglamento, el cual es obvio que constituye una referencia, pero no absoluta, prueba de lo cual, además, es la distinción que se hace entre establecimientos públicos, para los cuales se remite a reglamentación específica, y los que no, cuando dice «Los preceptos de la Sección primera, capítulo 1, Título 1 dedicados específicamente a regular los requisitos de construcción o transformación de los locales para destinarlos a espectáculos propiamente dichos, serán adaptados a las exigencias de los establecimientos públicos y restantes actividades recreativas mediante Reglamentos especiales, con sujeción a análogos principios y finalidades», lo cual excluye la equiparación automática entre dotaciones públicas y establecimientos privados.

En tercer lugar, debe de tenerse en cuenta que el art. 3.2 OMDM no menciona las dotaciones públicas destinadas a espectáculos culturales que tengan instalaciones hosteleras complementarias. Ello puede ser una falta de previsión, pero puede ser también la consideración de que no deben de incluirse en los grupos mencionados. Y de hecho, cuando se remite al epígrafe del IAE, para el caso de tratarse de una actividad no incluida en tales grupos, parece claro que la propia OMDM está pensando en actividades privadas lucrativas, que son las que dan lugar a estar de alta en el IAE. En términos de interpretación contextual y finalista, a las que se refiere el art. 2 del CC, parece claro que el propósito de la OMDM se centra en actividades puramente lucrativas.

En cuarto lugar, y volviendo en otro sentido al ordenamiento urbanístico, no parece razonable que la determinación de los equipamientos pueda venir predefinida por la preexistencia de locales en una determinada zona. Imagínese que si se traslada L.R. a un nuevo lugar, no pudiera establecerse un bar en dicho nuevo campo de fútbol por el hecho de que hubiese X bares del mismo grupo en las inmediaciones. Sería, simplemente, absurdo, ya que la finalidad de dicho bar sería muy específica y estaría ligada al funcionamiento propio del campo de fútbol. Lo así dicho puede predicarse de piscinas, polideportivos, etc. Este es otro dato relevante, el espíritu y finalidad de las normas nos viene a decir que estos casos tan específicos de dotaciones de tipo cultural o deportivo con una actividad recreativa no cultural ni deportiva accesoria no están previstos ni expresamente —nadie lo discute— ni implícitamente —es lo discutido— en el ámbito de aplicación de la norma.

En tal sentido, debe rechazarse la invocación al sentido común que hace la recurrente considerando que no por tener un carácter público el Auditorio no cause

molestias, y ello por cuanto las aglomeraciones se producen por la actividad propia de conciertos, y no por el establecimiento de bar o cafetería en el mismo, que es lo que según la recurrente justificaría su inclusión en el Grupo III de la OMDM. No sólo tal establecimiento no aumenta las molestias derivadas del movimiento de personas que produce de por sí un concierto, sino que posiblemente lo disminuye, ya que de no existir bar o cafetería en el interior posiblemente sus potenciales clientes, antes, después y durante —si hubiese un sistema para salir y entrar— se aglomerarían en las instalaciones hosteleras de la zona, causando mayores molestias.

En quinto y último lugar, el principio del «favor libertatis», es decir el de que está permitido aquello que no está prohibido expresamente, que inspira todo el ordenamiento jurídico y que reside de forma expresa en el art. 6.2 del RSCL, cuando dice «artículo 6.1. El contenido de los actos de intervención será congruente, con los motivos y fines que los justifiquen. 2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.». En el caso presente, supondría una importante restricción para el particular codemandado, pero también, por el criterio que sentaría, para la propia Corporación Municipal, restricción que, como vemos, carece de apoyo normativo, fuera de la interpretación forzada que presenta la parte recurrente.

Por todo lo anterior, procede desestimar en su totalidad el recurso interpuesto.

QUINTO.— No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al 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 la calle Violante de Hungría contra la resolución de 12-9-2003 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que concedió licencia de acondicionamiento e instalación del local sito en la calle Violante de Hungría para la actividad de Café y Café-Teatro perteneciente al grupo III de la OMDM, y que se ha abierto con el nombre de «C.T.», no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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