

---

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA**  
**Recurso de apelación nº 23/2007**  
**Sentencia de 5-11-2008**

---

**TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA**  
LICENCIA DE APERTURA. DISCOTECA GRUPO III.

---

**Ilmos. Sres.**

**PRESIDENTE**

D. Ricardo Cubero Romeo

**MAGISTRADOS**

D. Jesús María Arias Juana  
D<sup>a</sup>. Isabel Zarzuela Ballester  
D<sup>a</sup> Nerea Juste Díez de Pinos (ponente)

En Zaragoza a cinco de noviembre de dos mil ocho.

En nombre de S.M. el Rey.

Visto por la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, integrada por los Magistrados que al margen se relacionan, el recurso de apelación nº 23/07 interpuesto por el apelante AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado por la Procuradora D<sup>a</sup> N.C.A. y defendido por el Letrado D. C.N.C. y D. J.M.H., representado por el Procurador D. D.S.V. y defendido por el Letrado D. S.M.F. y como parte apelada LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de la C/ Bretón representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M.N.J. y defendida por el Letrado D. A.U.C., siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrado D<sup>a</sup> N.J.D.P.

Es objeto de apelación la sentencia de 6/11/2006 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº Dos de los de Zaragoza dictada en el Procedimiento Ordinario nº 180/05 por la que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por las Comunidades de Propietarios de la calle Tomás Bretón contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza el 1/2/2005 que desestimó el recurso interpuesto por los recurrentes contra el acuerdo de dicho Consejo de Gerencia de 23/11/2005 que concedió a J.M. licencia de apertura para actividad de discoteca grupo III sita en C/ Bretón, anulando ambas resoluciones retrotrayendo el expediente únicamente para que se compruebe el cumplimiento de la Ordenanza Municipal de Distancias Mínimas y con su resultado se dicte nueva resolución que solo podrá variar respecto de la anulada en lo relativo O.M.D.M. no habiendo lugar a hacer expresa condena en costas del recurso.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El citado Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó la mencionada Sentencia, que notificada a las partes fue recurrida por los demandados suplicándose por los apelantes que con revocación y anulación de la resolución impugnada se desestime el

recurso contencioso administrativo nº 180/05 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 referido, solicitándose por D. J.M. la imposición de las costas del procedimiento.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite el recurso se dio traslado del mismo al apelado que se opuso al recurso de apelación suplicando que previos los trámites legales se dicte sentencia desestimando el citado recurso confirmando la dictada en primera instancia y con imposición de las costas a la parte apelante.

**TERCERO.-** Remitidas las actuaciones con emplazamiento de las partes, fue señalado para votación y fallo del recurso el día 30 de octubre de 2008.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los motivos argüidos por el Ayuntamiento apelante para que con revocación de la sentencia dictada en la instancia se estimen sus pretensiones consisten en considerar que: El titular de la actividad con sujeción a licencia, disponía de licencia previa en 1975, siendo requerido para acomodarla a las necesidades prevenidas en el ordenamiento. De ello infiere que lo verdaderamente relevante no es la denominación que utilicen las normas ni debatir si nos hallamos o no ante una nueva apertura o una nueva licencia pues, lo que la O.M.D.M. determina con claridad es el respeto a las actividades preexistentes cuando en las modificaciones establecidas en el ejercicio de la actividad no se hubiera producido un incremento en la superficie del local. De ahí infiere que según lo expuesto no sería de aplicación la Ordenanza referida pues su artículo 9 condiciona la aplicación de la Ordenanza al hecho de que no se hubiera ampliado la superficie del local. A lo expuesto añade que por el Juzgado se admite como cierto el alegado de la actora a la existencia de un establecimiento del Grupo III a distancia inferior a 250 metros al local cuestionado lo que no es admisible, pues con independencia de la veracidad de dicha aseveración, no se ha sugerido prueba de clase alguna en relación al alegato anterior.

El apelante J.M., además de ratificar lo anteriormente expuesto por el Ayuntamiento, formula los siguientes motivos de oposición a la sentencia de instancia que concretan que: a) En la sentencia dictada por el Juzgado nº 2 de 25/9/2003 aunque en su fundamento jurídico sexto diga: "En el expediente, y no en este procedimiento de solicitud de licencia es en el que se debe examinar si dicha Ordenanza impediría la licencia o no "sin embargo no existe en el fallo de dicha sentencia ni mención siquiera dirigida al Ayuntamiento de Zaragoza a fin de que en el procedimiento de concesión de licencia debe comprobarse el cumplimiento de la O.M.D.M. b) El carácter revisor de la Jurisdicción Administrativa exige que la parte recurrente alegue y pruebe las causas de nulidad del acto administrativo impugnado, sin que sea posible su revisión genérica, lo que entiende se lleva a efecto mediante la decisión final que se acuerda en sentencia de retrotraer el expediente administrativo. c) Si la parte recurrente no ha acreditado que el acuerdo de concesión de licencia incumple la O.M.D.M. debe desestimarse el recurso pues, estima que resulta evidente que, cuando se promulgó la O.M.D.M. de 1990 al actor disponía de licencia urbanística, concedida en 1986 para efectuar las necesarias obras de adaptación de su establecimiento. De ello infiere que las nor-

mas de la O.M.D.M. de 1990 no podrían ser de aplicación al establecimiento referido. A las pretensiones de las partes apelantes se opone la parte apelada.

Sentado lo anterior se ratifican en esta instancia los argumentos que se contienen en la sentencia recurrida, debiendo remarcar que la obtención de la licencia de apertura era necesaria para la puesta en funcionamiento de una actividad al ser acta de comprobación en que confluyen la totalidad de las condiciones para el ejercicio de la actividad. En consecuencia puesto que la sentencia dictada por el Juzgado el 25/9/2003 pone de relieve que: es preciso examinar si se solicitó, tal licencia, en cuyo caso el tiempo de la solicitud sería determinante para ver si se aplicaba la O.M.D.M. y los acuerdos de zonas saturadas, en concreto el publicado el 17/10/1995..., siendo un hecho incuestionado que también recoge la sentencia apelada de 6/11/2006 reproduciendo la que se dictó el 25/9/2003 que fue confirmada por este Tribunal en el recurso de apelación de 16/1/2006: "La consecuencia de las anteriores conclusiones es que no le es aplicable la declaración de zona saturada aunque si la O.M.D.M. al ser la solicitud de licencia de 1993 y la Ordenanza de 1990 con lo cual en el expediente y no en este procedimiento de solicitud de licencia es en que se debe examinar si dicha Ordenanza impediría la licencia o no, pero no pudiendo hacerse pronunciamiento apriorístico como el que cabría en caso de que la solicitud de licencia fuese posterior a la declaración de zona saturada".

De ello se infiere que la sentencia apelada no ha hecho sino seguir el hilo argumental que se recoge en lo anteriormente reflejado, sin poder considerar que la licencia que debe ser tenida en cuenta para aplicar la legislación procedente es la que se obtuvo en 1975, pues la misma quedó sin efecto al tener que adecuarse el establecimiento a la nueva normativa a partir de la entrada en vigor del Reglamento de Policía Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas aprobado por RD 2816/1982. Tampoco puede ser la licencia urbanística obtenida en 1986 la que determine cual es la normativa de aplicación, pues, para el funcionamiento de un establecimiento mercantil es preciso contar con la licencia de apertura tal y como se infiere del artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Por tanto, sin poderse invocar, como expone el Ayuntamiento apelante la no acomodación de la sentencia dictada en la instancia al artículo 9 de la O.M.D.M. de 1990 pues dicho precepto tal y como prevé su párrafo 1 se refiere a: "Las actividades de los Grupos II y III que hayan obtenido y dispongan de las oportunas licencias municipales para ejercer la actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ordenanza y que no cumplen con los criterios de distancia fijados en el artículo 4 podrán realizar modificaciones siempre que estas no supongan un incremento de la superficie respecto al local primitivo". Lo que no es de aplicación al supuesto analizado en que obviamente por lo razonado, el establecimiento anterior no contaba con las licencias precisas para ejercer la actividad cuando entró en vigor en 1990 la O.M.D.M. Además de lo expuesto no puede sostenerse que la sentencia dictada por el Juzgado en el año 2003 tuviera que concretar en su fallo mención alguna de que el Ayuntamiento viniese obligado a cumplir la O.M.D.M., pues, como se ha manifestado, en sus fundamentos lo pone de relieve con total claridad lo que se reconoce incluso por el propio apelante aunque a continuación pretenda que no sea suficiente para determinar la legislación a aplicar. En conclusión la concesión de la licencia de apertura pretendida por los apelantes no pudo resolverse en el anterior procedimiento pues al ser la solicitud para la obtención de la misma del año 1993 consecuentemente la normativa que le es de aplicación, es la O.M.D.M. de 1990 y por tanto al ser un hecho innegable que se deduce de las

propias resoluciones administrativas incorporadas al expediente que en las inmediaciones del local, cuya licencia se cuestiona se encontraba otro que en un momento se llamaba "L.G". respecto al que no se ha articulado prueba, tal y como acertadamente pone de relieve la sentencia de instancia para determinar su grupo, distancia con el establecimiento objeto de este pleito, si tiene licencia en regla o no, o si ha subsistido o sufrido alguna alteración. Dichas cuestiones, aunque no se tuvieran en cuenta al tramitarse el expediente administrativo mencionado, eran de necesaria valoración para determinar si el local objeto de este pleito podía otorgársele o no la licencia de apertura, y ello con independencia de que aunque no se hubiera articulado prueba al respecto, debía haberse analizado por la Administración pues, se precisaba el cumplimiento de las prescripciones legales referidas para la obtención de la licencia mencionada. Por tanto procede desestimar el recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas del recurso de apelación causadas a su instancia y las comunes por mitad a los apelantes al serle desestimadas todas sus pretensiones y no concurrir circunstancias excepcionales que determinen su no imposición.

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

## FALLO

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso de apelación nº 23/07 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA y D. J.M.H. contra la sentencia obrante en el encabezamiento de esta resolución.

**SEGUNDO.-** Se imponen las costas del recurso de apelación causadas a su instancia y las comunes por mitad a los apelantes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.