



T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)
OVIEDO

LOPD

SENTENCIA: 90235/2014

APELACION Nº 25/2014

APELANTES: HOSTEFOMENTO, S.L. y G. JUNQUERA MARITIMA, S.L.

PROCURADORES: D. ^{LOPD}

y D. ^{LOPD}

LOPD

APELADOS: AYUNTAMIENTO DE GIJON y CAFE BAR MARQUES DE SAN ESTEBAN GIJON, S.L.

PROCURADORES: D. ^{LOPD}

y D. ^{LOPD}

LOPD

SENTENCIA DE APELACIÓN nº 235/2014

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González-Lamuño Romay

En Oviedo, a veintidós de diciembre de dos mil catorce.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 25/2014, interpuesto por HOSTEFOMENTO, S.L. y G. JUNQUERA MARITIMA,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



S.L., representados, respectivamente por el Procurador D. ^{LOPD} ,
actuando bajo la asistencia Letrada de D. ^{LOPD} y el Procurador D.
^{LOPD} actuando bajo la dirección Letrada de D. ^{LOPD}
^{LOPD} y como apelados el AYUNTAMIENTO DE GIJON y CAFE BAR MARQUES
DE SAN ESTEBAN GIJON, S.L., representados, respectivamente, por el Procurador
D. ^{LOPD} actuando bajo la asistencia Letrada de D. ^{LOPD}
^{LOPD} y el Procurador D. ^{LOPD} , actuando bajo la
dirección Letrada de ^{LOPD} . Siendo Ponente el
Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Robledo Peña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 206/2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Gijón.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 13-11-2013. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 19 de diciembre pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a la consideración de la Sala en el presente recurso de apelación, la sentencia dictada el día 13 de noviembre de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Gijón, en los autos





del Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 206/2011, que desestima los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 11-5-11 y contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra dicha resolución de 11-5-11, por resultar las mismas conformes a derecho.

Interesa las entidades apelantes que se dicte sentencia en la que, revocando la decisión judicial impugnada, se estime el recurso contencioso-administrativo por cada una de ellas respectivamente interpuesto frente a la resolución del Concejal Delegado de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón de fecha 11 de mayo de 2011, y su confirmación presunta, por la que se concedió a la mercantil "Café Bar Marqués de San Esteban Gijón, S.L.", licencia de instalación y actividad de local con música amplificada en c/ Rodríguez Sampedro, nº 3, anulando esta por ser contraria a derecho.

Por su parte, las representaciones de los apelados se oponen a los recursos de apelación interpuestos de contrario, interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las distintas cuestiones suscitadas en la presente instancia, conviene recordar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS, entre otras muchas, de 3 de junio de 1982, 13 de enero de 1992 y 24 de julio de 1996) en la que se señala que "no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discutan de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho resueltas por la sentencia apelada. Por el contrario, el apelante debe esforzarse en demostrar que la sentencia del Tribunal de instancia vulnera el



ordenamiento jurídico, constituyendo una desnaturalización del recurso la reiteración de los argumentos ya esgrimidos en el proceso ante aquella instancia".

Y conviene dejar sentado que el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el Juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el Tribunal "*ad quem*" de la prueba realizada por el Juzgador de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien la realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquella, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el Tribunal "*ad quem*" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba llevadas a cabo defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es, cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo dialéctico alguno, porque el error es patente y claro.

TERCERO.- Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, se aprecia que las apelantes reiteran en esencia en esta alzada los mismos argumentos que ya fueron analizados por el Juzgador *a quo* y rechazados en la sentencia dictada con unos criterios que este Tribunal de Justicia asume y hace propios dado lo acertado de los términos en que se desarrollan y por cuanto no han sido desvirtuados sus razonamientos en esta segunda instancia.

Así, por una de las partes se insiste en sostener que la licencia de instalación y actividad incluye la de obras de adaptación del local destinado a la actividad, error ya puesto de manifiesto en la sentencia que se revisa al

aludir al apartado tercero de la parte dispositiva del acto administrativo impugnado, que no exime al interesado de obtener la oportuna licencia de obras, en cuanto literalmente dice: "Comunicar a Café Bar Marqués de San Esteban Gijón, S.L. que una vez obtenida la Licencia de obras y ejecutadas las mismas...", con lo que se está refiriendo a un futuro en el que será preciso la obtención de la licencia y la realización de las obras, de tal manera que lo único concedido es la licencia de instalación y actividad de local con música amplificada, aunque condicionada a las obras y medidas correctoras necesarias que señala, lo que no es sustitutivo de la licencia para realizarlas.

CUARTO.- Tampoco incurre en error la sentencia apelada al abordar el otro tema debatido y referido a la supuesta imposibilidad de otorgar la licencia de actividad solicitada por no cumplirse el régimen de distancias de 25 m. previsto en la Ordenanza Municipal de Ruido respecto del local "Bambara", cuestión ya enjuiciada y decidida por el Juzgador en anterior sentencia, recaída en el PO 232/2006, que al ordenar la prosecución del trámite de las licencias que habían sido denegadas, permite inferir en la existencia de nuevos obstáculos para su otorgamiento, pero no de aquellos que la misma anterior sentencia ha dejado expeditos, como el relativo a la distancia hasta el otro local, pronunciamiento al que se ha llegado tras la práctica de la oportuna prueba pericial, necesaria ante la postura de las partes entonces demandadas sosteniendo el supuesto incumplimiento de los requisitos de distancias, por lo que si tal cuestión formó parte de la materia litigiosa del indicado precedente judicial, fue objeto de debate y prueba en el mismo, la solución alcanzada al

respecto entonces no constituye *obiter dicta* y se alza ahora como condicionante o prejudicial, y no puede ser ignorada y dejada de aplicar pues privaría de contenido a la jurisdicción misma, con la función positiva que le atribuye el artículo 222.4 de la LEC, máxime cuando coincide la identidad jurídica de los que han intervenido en ambos procesos como partes y la prueba que se practicó en aquel procedimiento no ha sido desvirtuada en modo alguno, permitiendo tener por acreditado el cumplimiento de distancias en base a la segregación proyectada, siendo ello precisamente la *ratio decidendi* del fallo que ordenaba la prosecución del trámite de las licencias. A ello se ha de añadir la falta de identidad entre el presente proceso y el PO 316/2008, que las apelantes pretenden vanamente hacer valer, y cuyas diferencias han sido evidenciadas en la sentencia de instancia, pues en el presente caso de la segregación resultan dos locales independientes considerados técnica y jurídicamente, lo que no ocurre en el precedente invocado por las apelantes, cuyos criterios no son trasladables al presente supuesto, en que como queda indicado el tema de la distancia entre locales viene resuelto por lo decidido al respecto en los autos del PO 232/2006; sin que por otra parte sea relevante la variación sufrida por el texto de la Ordenanza Municipal del año 2006 respecto a la versión anterior del año 1992, cuando es el caso, además, que la medición de distancias ha sido realizada de fachada a fachada de ambos establecimientos, como establece la nueva Ordenanza.

QUINTO.- En consideración a lo anteriormente razonado procede, con desestimación de los recursos de apelación interpuestos, confirmar la sentencia dictada en la

instancia; con imposición de las costas causadas en esta alzada a las partes apelantes, como se establece en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, al no concurrir motivos o circunstancias que permitan hacer un pronunciamiento distinto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar los recursos de apelación interpuestos por don^{LOPD} y don^{LOPD}

^{LOPD} Procuradores de los Tribunales, en nombre y representación de las entidades “G. JUNQUERA MARÍTIMA, S.L.” y “HOSTEFOMENTO, S.L.”, respectivamente, contra la sentencia dictada el día 13 de noviembre de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Gijón, en los autos del Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 206/2011, siendo apelados el Ayuntamiento de Gijón y la mercantil “Café Bar Marqués de San Esteban Gijón, S.L.”, representados a su vez por los también Procuradores don^{LOPD}
^{LOPD} y don^{LOPD}, respectivamente, sentencia que confirmamos en sus propios y acertados términos; con imposición de las costas procesales causadas a las entidades apelantes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos y contra la que no cabe interponer recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.