



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00205/2013

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA N° 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2011 0000216

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000206 /2011 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De HOSTEFOMENTO S.L., G. JUNQUERA MARITIMA S.L.

Letrado: D. LOPD

Procurador D. LOPD

Contra CAFE BAR MARQUES DE SAN ESTEBAN GIJON S.L., ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado: D. LOPD

Procurador D. LOPD

SENTENCIA

En GIJON, a trece de noviembre de dos mil trece.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 206/2011, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandantes la entidad G. JUNQUERA MARITIMA S.L. representada por el Procurador D. LOPD, y la entidad HOSTEFOMENTO S.L. representada por el Procurador D. LOPD y asistida por el Letrado D. LOPD, y la entidad HOSTEFOMENTO S.L. representada por el Procurador D. LOPD y asistida por el Letrado D. LOPD, de otra como demandada el Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora Doña LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD, y como codemandada CAFÉ BAR MARQUES DE SAN ESTEBAN GIJON S.L. representada por el Procurador Don LOPD y asistida por el Letrado Don LOPD; sobre Urbanismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por los recurrentes se presentó en este Juzgado, sendos recursos contencioso-administrativos, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en los mismos.

SEGUNDO: Los referidos recursos fueron admitidos a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibiendo posteriormente el pleito a prueba, proponiéndose y practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que ha pesado sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por la representación de la entidad G. Junquera Marítima S.L. se interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 11-5-11 por la que se desestima la solicitud presentada por Café Bar Marqués de San Esteban Gijón S.L. para la concesión de licencia de apertura para el desarrollo de la actividad de Café-Teatro en Calle Rodríguez San Pedro nº L y conceder a Café Bar Marqués de San Esteban Gijón S.L. licencia de instalación y actividad de local con música amplificada en la calle Rodríguez San Pedro nº L, calificada como molesta, de conformidad con el proyecto presentado y con las condicionales propuestas, por los Servicios Técnicos Municipales que se relacionan.

Como fundamentos de derecho se alega que la licencia concedida por resolución municipal de 11-5-11 no sólo se refiere a la propia actividad sino que engloba también la realización de la obra -de la instalación o adecuación del local- que resulte necesaria para el ejercicio de la actividad solicitada y el incumplimiento del régimen de distancias establecido en el Capítulo III, sección 3ª art. 13.1 de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la contaminación acústica del año 1992 aplicable al caso.

Por la representación de Hostefomento S.L. se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 11-5-11 reseñada.

Por la Administración demandada se contestó a la demanda formalizada por G. Junquera Marítima S.L. solicitando su desestimación.

Por la representación de Hostefomento S.L. se formalizó demanda en cuyos fundamentos de derecho se señala que la resolución impugnada es la que reconoce los derechos del solicitante y autoriza la instalación (obras de adecuación y ejecución de las medidas correctoras necesarias, para la implantación de la actividad solicitada) y actividad. Se alega la ilegalidad de la licencia por el incumplimiento del régimen de distancias establecido en el capítulo III, Sección 3ª art. 13.1 de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la contaminación acústica del año 1992.

Por la representación del Ayuntamiento de Gijón se solicitó la desestimación del recurso.

Por la representación de la entidad Café Bar Marqués de San Esteban Gijón S.L. se solicitó la desestimación de los recursos interpuestos por las recurrentes.

SEGUNDO: Se alegó por la demandadas la inadmisibilidad del recurso al amparo del art. 69.b) en relación con el art.





45.2.d) de la LJCA, al no acreditar la voluntad de recurrir la actora Junquera Marítima S.L. quien con fecha 20-7-12 aportó (folios 256 y ss. de la causa) escritura de apoderamiento con carácter solidario a favor, entre otros, de Doña LOPD LOPD y escrito firmado por la misma ratificando la interposición del recurso. Se alega por la codemandada que dicha documentación no acredita que el acuerdo para interponer el recurso lo haya adoptado el órgano societario competente. Ocurre que en la escritura de apoderamiento se dice en relación al otorgante que deriva su representación de la escritura de solemnización de Acuerdos Sociales autorizada a testimonio del notario en la que resultó facultado para, entre otras, realizar las siguientes facultades: "otorgar en relación con las facultades que se le confieren y a favor de la persona o personas que considere convenientes poderes generales, especiales y revocarlos", señalándose en la escritura que el notario le juzga con capacidad suficiente para esta escritura de apoderamiento que confiere a favor, entre otros, de Doña LOPD para ejercitar como facultades solidarias, entre otras, la de comparecer ante las Autoridades Juzgados y Tribunales de cualquier clase y jurisdicción y por ello ha de entenderse, realizando una interpretación pro actione del art. 45.2.d) de la LJCA, que se cumple el requisito establecido en el mismo, al haberse incorporado en la escritura de apoderamiento los datos necesarios para justificar la voluntad de recurrir adoptada por persona autorizada.

TERCERO: En cuanto al fondo del asunto dos son las cuestiones litigiosas principales: La primera se refiere a si la resolución de 11-5-11 incluye la licencia de obras y la segunda se refiere al cumplimiento o incumplimiento del régimen de distancias establecido en el art. 13.1 de la Ordenanza Municipal sobre protección contra la contaminación acústica del año 1992 y la incidencia que sobre esta cuestión tienen las sentencias dictadas en los procedimientos ordinarios de este Juzgado 232/06 y 316/08.

En primer lugar se alega por los recurrentes que la licencia concedida por resolución de 11-5-11 no sólo se refiere a la propia actividad sino que engloba también la realización de la obra -de la instalación o adecuación del local- que resulte necesaria para el ejercicio de la actividad solicitada, para, tras su ejecución y tras la comprobación de los Servicios Municipales permitir la apertura o funcionamiento del local.

No podemos acoger estas alegaciones. En primer lugar la resolución recurrida en el apartado segundo de su parte dispositiva concede a la codemandada licencia de instalación y actividad del local con música amplificada en calle Rodríguez San Pedro nº 4, calificada como molesta, de conformidad con el proyecto presentado y con las condiciones propuestas por los Servicios Técnicos Municipales que se relacionan. Esto es, este apartado segundo de concesión de licencia no hace referencia la licencia de obras.

En segundo lugar el apartado tercero de la parte dispositiva de dicha resolución acuerda comunicar a la codemandada que, una vez obtenida la licencia de obras y



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ejecutadas las mismas y con carácter previo a la obtención de la correspondiente licencia de apertura y puesta en funcionamiento de la actividad, deberá solicitar la preceptiva visita de inspección por los Servicios Técnicos Municipales, acompañando los certificados de final de obra correspondientes, que comprobarán el cumplimiento a las referidas condicionales, tal como se prevé en el art. 34 RAMINP.

Las recurrentes sostienen que la expresión "una vez obtenida la licencia de obras" supone en realidad una constatación de la existencia de dicha licencia. No compartimos esta interpretación. Dicha expresión no se recoge en sus antecedentes, sino en su parte dispositiva, de modo que los acuerdos que se toman lo son con proyección hacia el futuro. La resolución, por tanto, parte de que ha de obtenerse la licencia de obras, no de que se haya obtenido ya.

La instrucción 4/08 por la que se establecen los criterios a los que han de ajustarse en la tramitación de las solicitudes de apertura de actividad clasificada, citada por la resolución recurrida, no elimina la exigencia de licencia de obras, sino que prevé una tramitación conjunta de la licencia de obras y de actividad que puede ser resuelta en una sola resolución atendiendo a los criterios propios de cada licencia. Así, en su apartado 3º se dice que el modelo normalizado de solicitud permitirá que se inicie al mismo tiempo tanto la licencia de obra, necesaria para la adecuación del local, como la licencia de apertura de actividad, al estar la segunda condicionada por la primera, dando lugar a la apertura de único expediente. Y en el apartado 5º se señala que una vez recibido el acuerdo, con la calificación de la actividad y, en su caso, medidas correctoras del departamento competente del Principado de Asturias, se adoptará en el plazo máximo de 5 días, resolución de la Alcaldía concediendo la licencia de obras, instalación y actividad.

Es claro que la resolución recurrida, como ya hemos señalado, sólo otorga licencia de instalación y actividad y no la de obras.

Ciertamente la tramitación conjunta de la licencia de obras y la de actividad pretende una simplificación y agilización de los trámites administrativos en beneficio de los ciudadanos pero el hecho de que la resolución recurrida no contenga pronunciamiento sobre la licencia de obras, no constituye un vicio invalidante de la misma, teniendo en cuenta además que la sentencia de este Juzgado de 31-7-09 (folio 85 y ss. del expediente 2048/06) acordaba que debía proseguirse por el Ayuntamiento con la tramitación de las licencias solicitadas por la codemandada (las resoluciones impugnadas en el PO 232/06 eran anteriores a la Instrucción de 2008 reseñada).

Y las mismas consideraciones cabe hacer respecto a la providencia de archivo de 14-12-10 (folio 71 del expediente con referencia 18849/05), que se extiende para hacer constar que las obras solicitadas en el presente expediente se resolverán en el expediente nº 002048/06 de la Oficina de Actividades (Servicio de Licencias y Disciplina), por lo que



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

al no estar previstos nuevos trámites ni actuaciones en el presente expediente, procede el archivo provisional del mismo.

El hecho de que la licencia de obras se tramite conjuntamente con la licencia de actividad no significa que aquella desaparezca pues una y otra licencia tienen objetos diferentes y han de ser resueltas con arreglo a los criterios que les son propios. Así, la sentencia del TS de 25-1-08 señala que las licencias de obras y las de actividad o funcionamiento tienen sustantividad propia y diferenciada aunque estén interrelacionadas. La licencia de obras y de apertura son diferentes en su naturaleza y finalidad pues mientras la licencia de obras tiende a comprobar la adecuación del correspondiente proyecto al planeamiento urbanístico, la de apertura tiene como fin acreditar si los locales o instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad normativamente exigibles y las que, en su caso, estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados.

En el mismo sentido que la sentencia de este Juzgado de 31-7-09, la resolución municipal de 8-10-10 (folios 101 a 103 del expediente 2048/06) resuelve proseguir con la tramitación de las licencias de obra de adecuación de local (ref. 18849/05) y de apertura (ref. 2048/06) para bar con música amplificada solicitadas por la codemandada por sus propios trámites hasta dictar la resolución que proceda. La providencia de archivo posterior de 14-12-10 citada acuerda la tramitación conjunta de ambas licencias, por lo que persiste la exigencia de un pronunciamiento sobre la licencia de obras que no contiene la resolución de 11-5-11, pues lo difiere, según hemos razonado, a un momento posterior sin que tal falta de pronunciamiento conjunto afecte a la validez de la resolución recurrida, al constituir una mera irregularidad no invalidante de la misma.

CUARTO: Se alega por los recurrentes el incumplimiento del régimen de distancias previsto en el art. 13.1 de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la contaminación acústica de 1992.

Esta cuestión fue abordada en la sentencia de 31-7-09 dictada en el PO 232/06 en la que se dice que "el informe de 10-5-05 (folio 44 del expediente 024934/2005), se refiere a la existencia de otros locales con autorización para música amplificada, lo que ha permitido introducir en el debate procesal si el local para el que el actor solicita licencia respeta la distancia de 25 metros respecto al situado en la calle Marqués de San Esteban nº L. Aún cuando este local no se incluye de forma expresa como motivación de la denegación de la licencia de 20-1-2006, en la medida en que el proyecto presentado contempla esta circunstancia, mediante la segregación de una parte del local que da a la calle Marqués de San Esteban, entiende el Juzgador que no existe inconveniente en analizar esta cuestión, al no producirse indefensión en el recurrente. Así, en efecto, el autor del proyecto D. LOPD fue preguntado si tras la reforma prevista en el proyecto el local no tendría ni salida ni fachada a Marqués de San Esteban, pues se habilitaba un local intermedio, contestó que era cierto. Al ser

interrogado si esto se hizo para cumplir la distancia con el único local que estaba a menos de 25 metros que era el Bambara en la calle Marqués de San Esteban contestó que se hizo así por esa razón. En cuanto a si el local tiene las características mínimas que el Ayuntamiento exige contestó que las cumple y que son tener una superficie de más de 6 m² y tener una fachada de más de 3 metros lineales (folios 235 y 236 de la causa). Fue también preguntado sobre si además de cumplir formalmente la norma, cumple con su finalidad que es la de evitar efectos aditivos del sonido a lo que contestó que era cierto. Añadió que con la creación del local intermedio la distancia supera los 25 metros, conclusiones todas éstas que no han sido desvirtuadas de contrario por lo que ha de entenderse que la presencia del indicado establecimiento (Bambara) no constituye obstáculo legal para la tramitación de las licencias solicitadas".

Es claro para este Juzgador que la cuestión relativa al cumplimiento de las distancias fue enjuiciada y decidida en dicha sentencia y que por tanto cuando se dice que la presencia del establecimiento Bambara no constituye obstáculo legal para la tramitación de las licencias solicitadas, y luego en la parte dispositiva de la sentencia se acuerda que debe proseguirse con la tramitación de las licencias por sus propios trámites hasta dictar la resolución que proceda, la interpretación que se infiere naturalmente de dicha sentencia es que las resoluciones que pongan fin a dichos procedimientos pueden denegar las licencias pero no por el motivo examinado en profundidad en la propia sentencia relativo a la distancia hasta el otro local. No se trata de obiter dicta, sino que el Juzgador procede a examinar en la sentencia una cuestión litigiosa a fin de dejarla resuelta en orden a eventuales pleitos futuros.

Dicha decisión no puede ser modificada en este procedimiento. A este respecto la sentencia constitucional 200/03 señala que el efecto de cosa Juzgada material no solo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en los que concurren las identidades propias de la cosa juzgada; también se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquella una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido art. 1252 CC. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquella. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que éste resulta también desconocido cuando aquella lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto.

Esta doctrina constitucional es plenamente aplicable al caso, en cuanto no se puede desconocer lo enjuiciado y decidido en una resolución judicial firme recaída en un proceso seguido entre las mismas partes o sus causahabientes (en el caso de Hostefomento S.L.) sobre la misma cuestión litigiosa que se trata de reabrir en este proceso, careciendo aquí el Juzgador de la facultad de cambiar de criterio al estar en juego el derecho a la tutela judicial efectiva de quien resultó favorecido en aquella sentencia.

Por ello no existe infracción del principio de igualdad en relación a la sentencia dictada por este Juzgado el 12-2-10 en el PO 316/08 entre partes y sobre locales distintos.

Esta sentencia es posterior a la dictada en el PO 232/06 de 31-7-09, por lo que una eventual alegación de la infracción del principio de igualdad, tendría que ser invocada por los litigantes de la última sentencia (no de la primera). Ha de recordarse que con arreglo al art. 33.1 de la LJCA, los órganos de orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.

En la sentencia dictada en el PO 232/06 se señala que la existencia de otros locales con autorización para música amplificada (en concreto el situado en la calle Marques de San Esteban nº L) fue introducido en el debate procesal aún cuando dicho local no se incluía de forma expresa como motivación de la denegación de la licencia de 20-1-06 y tras ese debate procesal se concluyó en la sentencia que las apreciaciones realizadas por el Sr. LOPD no habían sido desvirtuadas de contrario. Por tanto la decisión sobre que el establecimiento Bambara no constituía un obstáculo para la tramitación de la licencia se adoptó a la vista de la prueba practicada y de las alegaciones realizadas por las partes sobre dicha prueba.

El caso examinado en el PO 316/08 es distinto en cuanto el tema de la distancia hasta otro local se planteó desde el primer momento, con el escrito de demanda, resolviéndose tras el examen de las alegaciones y pruebas realizadas por las partes.

También se observan otras diferencias en ambos casos por cuanto en el presente caso en el proyecto de medidas correctoras realizado por Merino Ingenieros CB las actuaciones se restringen al local principal ya obtenido tras la ejecución de la citada segregación (informe pericial del Sr. LOPD LOPD, folio 368 de la causa, lo que ratificó en su comparecencia judicial, minuto 42,55 de la grabación) mientras que en el caso enjuiciado en el PO 316/08 al examinar la sentencia de la Sala de 4-11-10 si el anexo segregado del establecimiento destinado a bar se integraba en este último, señala que así ocurre en dicho caso al que llegó a alcanzar la propia insonorización del local destinado a bar, procediéndose a su segregación con la única finalidad de dar cumplimiento a la Ordenanza Municipal, cumplimiento que no se cumple en tanto dicho anexo está destinado a la actividad propia de bar, aunque complementaria del mismo como almacén.



Con independencia de las diferencias que se observan entre ambos procedimientos y las vicisitudes que determinaron la solución adoptada en uno y otro (insistimos en que en el PO 232/06, el debate procesal se introdujo pese a que no se incluía la distancia entre locales como motivo de denegación de la licencia y se resolvió con arreglo a la prueba y alegaciones que hicieron las partes en dicho proceso), lo cierto es que no pueden prevalecer los criterios fijados en la sentencia dictada en el PO 316/08 frente a lo resuelto en la sentencia dictada en el PO 232/06 que resolvió de forma definitiva y firme el cumplimiento de la distancia establecida en la Ordenanza respecto al otro local con autorización de música amplificada, pues está aquí en juego el principio de intangibilidad de las sentencias y el derecho a la tutela judicial efectiva de quien obtiene una sentencia a su favor, derecho que resultaría vulnerado si se modifica lo decidido en una sentencia firme anterior que resolvió entre las mismas partes, o causahabientes en el caso de Hostefomento S.L., la misma cuestión que se vuelve a plantear en este proceso (aunque no concurriera tal identidad subjetiva la doctrina constitucional reseñada conduce a la misma conclusión) sentencia que constituye un antecedente de necesaria observancia y vinculante para el Juzgador; consideraciones todas éstas que han de conllevar la desestimación del recurso interpuesto, conclusión ésta última que no resulta desvirtuada por la resolución administrativa de 27-8-13 aportada por la representación procesal de Hostefomento SL, tras estar los autos conclusos para sentencia, referida a modificaciones realizadas respecto al proyecto inicialmente presentado en base al cual se concedió la licencia de obras, en la que se señala que dichas modificaciones deberán ser documentadas mediante la presentación de un modificado del proyecto técnico, a fin de tramitar una modificación de la licencia de obra concedida en su día, por cuanto se hace referencia en la misma a actuaciones posteriores a la resolución aquí recurrida y que por tanto no inciden en su validez.

QUINTO: En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA no procede su imposición habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo los recursos contenciosos-administrativos interpuestos por el Procurador Don LOPD en nombre y representación de G. JUNQUERA MARITIMA S.L. contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 11-5-11 y por el Procurador Don LOPD en nombre y representación de HOSTEFOMENTO S.L. 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; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS