

Ref: c.u. 13/11

ASUNTO: Consulta urbanística que plantea Madrid Emprende sobre la posibilidad de instalar ceniceros en las fachadas.

Con fecha 09 de febrero de 2011, se eleva consulta urbanística a la Secretaría Permanente efectuada por Madrid Emprende relativa a la posibilidad de instalar elementos adosados (ceniceros) a las fachadas exteriores de los establecimientos públicos, con o sin publicidad.

A la consulta planteada le son de aplicación las siguientes:

CONSIDERACIONES

Se ha planteado en la Ventanilla Única Empresarial por parte de un emprendedor, consulta acerca de la posible instalación de ceniceros adosados en las fachadas exteriores de los locales tipo bares, cafeterías, etc. y bajo qué condiciones, así como la posible inserción de publicidad en las tapas de los mismos.

Para considerar esta posibilidad se deben resolver diversas cuestiones que sin duda van a incidir en el resultado final de la consulta. Así, se deben abordar las relativas a la concreta ubicación de los ceniceros, su consideración o no de mobiliario urbano, las dimensiones adecuadas, los destinatarios reales de los mismos, la inserción de publicidad, la posible ocupación de la vía pública y la posible exacción de las tasas correspondientes.

El contexto en el que se ha solicitado este tipo de instalaciones es el marcado por la Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Su exposición Motivos ha venido a declarar que “es política de nuestro país la lucha contra el tabaquismo, tanto en lo que se refiere a la prohibición de fumar en lugares públicos como a las medidas encaminadas a potenciar la deshabituación del tabaco y a tratar de erradicar a medio y largo plazo el hábito de fumar”.

Para avanzar en la protección de la salud de los ciudadanos, se ha ampliado “la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos, lo que, por otro

lado, satisface las demandas de los ciudadanos, como corroboran encuestas oficiales recientemente realizadas.”

Así, se ha optado por prohibir fumar, entre otros, en Centros de ocio o esparcimiento, salvo en los espacios al aire libre; Salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, salvo en los espacios al aire libre; Hoteles, hostales y establecimientos análogos, salvo en los espacios al aire libre; Bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados; Salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realizan en espacios cerrados; En todos los demás espacios cerrados de uso público o colectivo.

Estas circunstancias han provocado en los empresarios cierto temor a que el negocio disminuya por la posible fuga de clientes al exterior con el único afán de fumar un cigarrillo, dejando tras ellos un haz de colillas reveladoras que ya han provocado la colocación en el exterior de los establecimientos de algunos ceniceros sin control municipal alguno. Sin embargo, también se ha agudizado el ingenio de algún empresario que ha considerado buena la idea de comercializar un modelo concreto de ceniceros para situarlos en las fachadas.

El modelo que se ha propuesto es de unas medidas de 24,5x35,2x14,2 cm, e incluye la posibilidad o no de insertar publicidad en su tapa.

Como el planteamiento es genérico, es decir, para su colocación en cualquier establecimiento del término municipal del Ayuntamiento de Madrid y, ante la indiscutible funcionalidad que desempeñaría, la primera cuestión que debe analizarse es sobre su posible tratamiento como mobiliario urbano, lo que queda descartado por los siguientes motivos.

La Ordenanza General de Mobiliario Urbano, de 1 de marzo de 1985, lo ha definido como “el conjunto de instalaciones o elementos que ocupan espacio público, y cuya finalidad sea la de tender una necesidad social o prestar un determinado servicio al vecindario”.

Hay que tener en cuenta que, desde un punto de vista práctico, los ceniceros se pueden colocar tanto en el lateral del hueco de la puerta (al igual que los Carteles Identificativos) o en cualquiera de los huecos de la fachada del local, esto es, en espacio privado, como en la fachada exterior, sobre el espacio público, siempre que ello fuera posible desde el punto de vista urbanístico.

Es en este último supuesto en el que podría considerarse como un elemento de mobiliario urbano. Sin embargo, esta Secretaría Permanente considera que del citado precepto se deduce que la finalidad del elemento a instalar es determinante para su consideración como mobiliario urbano. En el caso que se plantea, el destino de los ceniceros es más bien para un concreto colectivo, los clientes del establecimiento que lo haya instalado, con el fin de que durante algún momento

durante su permanencia en el local, puedan salir al exterior a fumar un cigarrillo, sin perjuicio de que, de forma puntual, pueda ser utilizado por algún viandante.

De esta forma, al poder instalar estos elementos en el lateral del hueco de la puerta o en el interior de cualquier hueco de la fachada del local, es decir, en espacio privado, no puede ser considerado como mobiliario urbano.

Para que un cenicero pueda situarse en la fachada exterior deberá tenerse en cuenta que, “la alineación oficial no podrá rebasarse en planta baja con salientes superiores a quince (15) centímetros con ninguna clase de decoración o protección de locales, portales o cualquier otro elemento. En aceras de anchura menor de setenta y cinco (75) centímetros no será permitido saliente alguno” (artículo 6.10.10 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (en adelante, NN.UU.).

Bajo esta premisa, es posible su instalación en fachadas exteriores, sin embargo para una mayor concreción acerca de sus condiciones, hay que tener en cuenta la Ordenanza de Publicidad Exterior (en adelante OPE), de 30 de enero de 2009, en cuanto a lo establecido para las muestras opacas por considerar que resulta de aplicación analógica ya que la colocación tanto de éstas como de los ceniceros es semejante en la medida que ambos son elementos añadidos a las fachadas, sin una vinculación directa para el desarrollo de la actividad, es decir que se trata de elementos prescindibles para su desempeño.

De acuerdo con esta ordenanza, los ceniceros deberán situarse preferentemente y siempre que ello no suponga una obstrucción de las medidas de seguridad y accesibilidad del local, en los huecos interiores de la fachada del local o en las jambas de las puertas, sin que puedan sobresalir del hueco y, de ser posible, deberán quedar retranqueados en el interior del mismo, diez centímetros (10 cm.) con respecto del plano de fachada. Esta ubicación garantizará en mayor medida su integración.

En cuanto al resto de las dimensiones, por aplicación analógica de la OPE, podrían llegar a una altura de hasta 60 cm, pero en cuanto a la longitud, no puede equiparse ya que las muestras pueden llegar a ocupar la misma longitud que el dintel, lo que no resulta aplicable a un cenicero. Por ello, esta Secretaría Permanente considera que el tamaño de este tipo de elementos deberá resultar proporcionado al hueco donde se pretenda situar o bien, en el caso de instalarse en fachadas exteriores, deberá resultar razonable, como es el caso propuesto en la consulta, con unas dimensiones de 24,5x35,2x14,2 cm.

Asimismo, el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (BOE 28-marzo-2006), en adelante CTE, ha previsto en el Documento Básico SUA 2 (Seguridad de utilización y accesibilidad), relativo a la Seguridad frente al riesgo de impacto o de atrapamiento, artículo 1.1,

que “En zonas de circulación, las paredes carecerán de elementos salientes que no arranquen del suelo, que vuelen más de 15 cm. en la zona de altura comprendida entre 15 cm y 2,20 m. medida a partir del suelo y que presenten riesgo de impacto”.

En la actualidad existen diferentes elementos que se han venido colocando en las fachadas de los establecimientos sin aparente incidencia en el tránsito de los viandantes, que corroboran la escasa afección que estos ceniceros pueden tener. Pueden destacarse, sin entrar en consideraciones sobre el tipo de aprovechamiento del dominio público de que se trata, las máquinas expendedoras de cintas de video o DVD así como los buzones para recogerlas; los cajeros de las entidades financieras, taquillas de los teatros, cines, etc.; las máquinas expendedoras de preservativos en las Farmacias, o la propia ventanilla de éstas cuando están de guardia. Asimismo, también han proliferado en las jambas de los portales de los edificios residenciales las Publicestas (cestas para que los repartidores de publicidad no accedan en los portales, depositando en ellas sus folletos publicitarios), las cuales pueden servir de ejemplo sobre la preferencia existente para instalar elementos similares en los huecos interiores.

En definitiva, existen multitud de elementos añadidos a las fachadas que no perjudican el tránsito de los peatones, siempre que respeten la profundidad del saliente.

Llegados a este punto y ante la funcionalidad que ofrecen estos elementos, debe hacerse una referencia a la altura o cota a la que deben ser instalados. En este caso, resulta de aplicación analógica la normativa relativa a los mecanismos accesibles previstas en el DB SUA del CTE, en cuya virtud deberán estar situados a una altura comprendida entre 80 y 120 cm. y la distancia a encuentros en rincón será de 35 cm, como mínimo. Con ello queda garantizada la accesibilidad a estos elementos por parte de cualquier usuario.

Una vez se han precisado las condiciones en las que pueden colocarse los ceniceros en las fachadas exteriores de los locales, hay que señalar que tal y como ya se ha justificado, es preferente su ubicación en los paramentos laterales internos de los vanos de las puertas y ventanas, es decir, en dominio privado.

En estos casos, las condiciones que se deben respetar serán las mismas que para las fachadas exteriores a excepción de la limitación del saliente en 15 cm.

Cuestión diferente es la relativa a una posible exacción de tasas por ocupación del dominio público local, tal y como se está exigiendo a las entidades financieras por la instalación de los cajeros automáticos en las fachadas exteriores de sus establecimientos.

El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LHL), ha previsto en su

artículo 20.1, que constituye el hecho imponible para la exigencia de una tasa “*La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.*”

Por su parte, en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid, *la Ordenanza Fiscal General de Gestión, Recaudación e Inspección, de 23 de diciembre de 2004*, se ha remitido a lo previsto en la LHL al establecer, en su artículo 8 que “*El Ayuntamiento de Madrid podrá establecer y exigir tasas por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal, según las normas contenidas en el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.*”

En consecuencia, habrá que analizar si se realiza o no el hecho imponible, esto es, si nos encontramos ante un aprovechamiento especial o una utilización privativa del dominio público local.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia, por el mero hecho de que estos elementos salientes (equiparable a las portadas, escaparates o vitrinas) se instalen en las fachadas -consideradas como elementos particulares-, se excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público (Sentencias del TS, de 12 de febrero de 2009 y de 28 de abril de 2004).

Ahora bien, podría ser considerado como un uso especial del dominio público al ocuparse el espacio público de un modo especial, muy distinto del mero transitar. No se puede negar que con la referida Ley 28/2005, de 26 de diciembre, conocida como Ley antitabaco, se pueden llegar a producir, durante breves espacios de tiempo, pequeñas acumulaciones de personas en las entradas de los establecimientos afectados por la prohibición de fumar en su interior. No obstante, esta Secretaría Permanente considera que esta confluencia de personas se va a producir en cualquier caso, exista o no un cenicero ya sea en la hueco de la puerta, de la ventana,... o bien la fachada exterior. En estos casos, podría equiparse a una mera “cola” de la panadería o de la taquilla del cine.

Sin perjuicio de ello y con ánimo de disipar cualquier duda posible sobre su consideración como aprovechamiento especial, de considerar que sí se produce, podría asimilarse a los cajeros electrónicos situados en las fachadas de los locales de las sucursales bancarias.

Sin embargo, la asimilación finaliza en la propia descripción del tiempo de utilización del dominio público. Para empezar, no se trata de una extensión del local, como sí sucede con los cajeros de las sucursales bancarias tal y como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia al determinar que “constituyen auténticas oficinas”, “ampliando notablemente su actividad mercantil” y “en las que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito” (STS 22-10-2009, 12-2-2009). Estos ceniceros son más bien un elemento al servicio del establecimiento como podría ser el propio cierre (persiana) del local o el cartel anunciando el menú del día,

entre otros ejemplos. Lo que se trata ahora es de diferenciarlo de los cajeros automáticos en la medida en que con estos ceniceros no se presta ningún servicio ni, en consecuencia, se obtiene ningún beneficio directo ni particular por parte del establecimiento, lo que sí sucede claramente con las entidades financieras que obtienen un beneficio económico específico y exclusivo con la instalación de los referidos cajeros.

Bajo este presupuesto, no se encuentra un sujeto pasivo que, de forma coherente con la LHL y con la tesis de construcción jurisprudencial, obtenga un beneficio económico por el supuesto aprovechamiento especial que podría generarse del uso de estos ceniceros.

En este caso, y de acuerdo con el criterio contenido en la Sentencia del TS de 28 de abril de 2004, el hecho de que se vea desde la vía pública no configura un aprovechamiento especial “del” dominio público, sino “desde” el dominio público, lo que va a ser determinante tanto para la no exigencia de la tasa como para analizar la posible inserción de publicidad en las tapas de los ceniceros situados en las fachadas exteriores.

Esto, sumado a la prohibición de la analogía, establecida en el artículo 5 de la Ordenanza Fiscal General de Gestión, Recaudación e Inspección, hacen que no resulte legítima la exigencia del pago de una tasa por el aprovechamiento especial.

La consulta también solicita información acerca de las posibilidades de insertar publicidad en las tapas de estos ceniceros. Para ello, se debe estar a lo establecido en la ya citada Ordenanza de Publicidad Exterior.

El artículo 37.3 de la OPE ha establecido que la actividad publicitaria queda sujeta a la obtención de licencia urbanística cuando se desarrolle mediante la instalación de soportes con estructuras y materiales que puedan estar instalados sobre las fachadas.

Al considerar que no se está realizando una utilización especial del dominio público (en cuyo caso, estaría prohibida la actuación publicitaria, de conformidad con el artículo 12 de la OPE), es considerable la posibilidad de obtener la correspondiente licencia publicitaria, por tratarse del ejercicio de una actividad publicitaria visible desde la vía pública, susceptible de atraer la atención de quienes circulen por la vía pública, mediante la instalación de este tipo de soportes fijos que son los ceniceros.

Con independencia de este cauce “normal” para el ejercicio de la actividad publicitaria, el artículo 3 de la OPE ofrece la posibilidad de obtener una autorización temporal como actuación experimental, que podría ser de aplicación al caso que nos ocupa tanto si se considerase que se produce una ocupación demanial como si no, con las que se permitiría la actuación publicitaria para su realización de forma temporal a efectos de evaluar su impacto y repercusión sobre el paisaje urbano,

debiendo reservar espacios para la promoción de la ciudad de Madrid o de acontecimientos en los que participe directamente.

Para ello habrá que estar a lo dispuesto en la propia Ordenanza, que exige una autorización administrativa, previo informe del Grupo Técnico de Publicidad cuando por la trascendencia de la actuación y a juicio del órgano competente pueda llegar a requerirse.

Finalmente, se plantea en la consulta si en el supuesto de admitir la posibilidad de instalar estos elementos en fachada, sería necesario solicitar una modificación de la licencia del local.

Tal y como ha sido el criterio mantenido por esta Secretaría Permanente (c.u. 20/08 y 14/09), las modificaciones de licencias únicamente son necesarias en los supuestos previstos en el artículo 23 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas (en delante, OMTLU), de 23 de diciembre de 2004. Así, si durante la implantación de la actividad o durante la ejecución de las obras, se producen variaciones que supongan algún cambio de los aspectos de la licencia (como sería la instalación del cenicero en la fachada del local) sin modificarla ni sustancial ni significativamente, será suficiente su constancia en el expediente a través del trámite de recepción de documentación o con ocasión de las presentación por el particular del certificado final de obras para solicitar la licencia de primera ocupación y funcionamiento.

Sin embargo, en el supuesto de que la actividad ya se está desarrollando, que sería la mayor parte de los casos, desde el punto de vista de la escasa o nula entidad urbanística, por su sencillez y por la mínima afección estética o medioambiental que este tipo de ceniceros produce, así como por no precisar de otro tipo de trámites, se entiende que mediante una comunicación previa al Ayuntamiento será suficiente.

CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo expuesto, serán de aplicación los siguientes criterios:

1.- Sí es posible instalar los ceniceros en las fachadas exteriores de los locales siempre que el saliente no supere los quince (15) centímetros. En aceras de anchura menor de setenta y cinco (75) centímetros no se permiten (artículo 6.10.10 NN.UU.).

No obstante, siempre que no suponga una obstrucción de las medidas de seguridad y accesibilidad del local, se situarán en los paramentos laterales internos de los vanos de las puertas y ventanas.

2.- Dimensiones. El tamaño de este tipo de elementos deberá resultar proporcionado al hueco donde se pretenda situar o bien, en el caso de instalarse en fachadas exteriores, deberá resultar razonable, como es el caso propuesto en la consulta, con

unas dimensiones de 24,5x35,2x14,2 cm. En este último caso, existe la limitación de 15 cm. de profundidad para respetar el saliente máximo permitido.

3.- Cota. Por aplicación analógica de la normativa relativa a los mecanismos accesibles prevista en el DB SUA del CTE, siempre que ello sea posible, deberán estar situados a una altura comprendida entre 80 y 120 cm. y la distancia a encuentros en rincón será de 35 cm, como mínimo. Con ello queda garantizada la accesibilidad a estos elementos por parte de cualquier usuario.

4.- Será necesario realizar una comunicación previa al Ayuntamiento, de acuerdo con lo señalado en las consideraciones del presente informe.

5.- Publicidad. Se deberá solicitar la correspondiente licencia publicitaria de acuerdo con las determinaciones contenidas en la OPE. Asimismo, el artículo 3 de la OPE permite que con carácter experimental se autoricen actuaciones publicitarias de carácter temporal que requerirán de una autorización administrativa, debiendo reservar espacios para la promoción de la ciudad de Madrid o de acontecimientos en los que participe directamente.

Madrid, 10 de marzo de 2011