

Ref: c.a. 09/2011

ASUNTO: INFORME RELATIVO A LA CONSULTA FORMULADA POR LA AGENCIA DE GESTIÓN DE LICENCIAS DE ACTIVIDADES SOBRE LOS CLUBES PRIVADOS DE FUMADORES.

Con fecha 22 de marzo de 2011 la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades plantea a esta Secretaría Permanente consulta vía correo electrónico sobre el alcance de la intervención municipal a través de la licencia urbanística para la implantación de un club privado de fumadores.

A la consulta planteada le son de aplicación los siguientes:

ANTECEDENTES

Normativa:

- Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de Madrid de 1997, (en adelante NN.UU).
- 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.
- 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,
- Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, (en adelante LEPAR).
- Decreto 184/1998, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos, Locales e Instalaciones, (en adelante Catálogo)
- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación,(en adelante LO 1/2002).
- Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones

- Ordenanza de Protección contra la contaminación acústica y térmica, (en adelante OPCAT).

CONSIDERACIONES

La Agencia de Gestión de Licencias de Actividades en la consulta formulada traslada las dudas que se plantea una Entidad Colaboradora, (ECLU), con relación al régimen urbanístico y demás condiciones a exigir a los clubes privados de fumadores.

La primera cuestión que se plantea es la referida a la clasificación del uso desde un punto de vista urbanístico; precisando sobre esta cuestión si este tipo de actividades se podrían encuadrar dentro del uso dotacional de servicios colectivos, clase de equipamiento, categoría cultural.

Los clubes privados de fumadores, son locales donde, en aplicación de la Disposición Adicional Novena, (en adelante DA 9^a) de Ley 28/2005, de 26 de diciembre, no operan las limitaciones y prohibiciones impuestas por la ley al consumo de los productos del tabaco; siempre que los mismos reúnan los requisitos indicados en la referida Disposición.

“DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA. Clubes privados de fumadores.

A los clubes privados de fumadores, legalmente constituidos como tales, no les será de aplicación lo dispuesto en esta Ley, relativo a la prohibición de fumar, publicidad, promoción y patrocinio, siempre que se realice en el interior de su sede social, mientras en las mismas haya presencia única y exclusivamente de personas socias.

A los efectos de esta Disposición, para ser considerado club privado de fumadores deberá tratarse de una entidad con personalidad jurídica, carecer de ánimo de lucro y no incluir entre sus actividades u objeto social la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles.

En ningún caso se permitirá la entrada de menores de edad a los clubes privados de fumadores.”

De la lectura de esta DA 9^a se puede entender que este tipo de actividades ofrecen a sus asociados recreo y esparcimiento en base al consumo de productos del tabaco; es decir, se puede entender que nos encontramos ante un fenómeno asociativo como expresión del derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, que comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones para la consecución de fines lícitos.

Las NN.UU, en su Título VII, clasifican los usos según su naturaleza; pormenorizándolos, a su vez, en clases, categorías y tipos. Atendiendo a las determinaciones de clasificación de usos referidas, los locales destinados a club de fumadores, no parece que se pueda encuadrar dentro del un uso dotacional de servicios colectivos, clase de equipamiento privado, categoría cultural; puesto que, de conformidad con el apartado 1.c).ii) del art. 7.10.3 de las NN.UU, no se corresponde con un centro cultural especializados como bibliotecas, fonotecas, museos, videotecas y hemerotecas; aunque en el mismo se desarrollen las actividades de relación social tendentes al fomento de la vida asociativa.

Excluida esta posibilidad sólo cabe la inclusión de este tipo de actividades dentro del **uso de servicio terciario**. Bajo un punto de vista urbanístico a los efectos de su pormenorización en el espacio y el establecimiento de condiciones particulares, se distinguen varias clases, sin perjuicio de otras clasificaciones sectoriales de carácter municipal o supramunicipal propias de las actividades comprendidas en cada uso. En este caso, como estamos ante el derecho fundamental de asociación y toda vez que se excluyen del ámbito de la LEPAR, de conformidad con el art. 3, las actividades que se realicen en el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, no parece que resulte adecuado enmarcar a estas actividades dentro de la clase de Terciario recreativo, aún cuando el servicio está destinado a actividades ligadas a la vida de ocio y de relación; puesto que dentro de esta clase se incluyen en sus distintas categorías, sólo las actividades que se encuentran sometidas al régimen jurídico de la LEPAR; es decir, como *condicio sine qua non*, para enmarcar una actividad dentro de la clase de Terciario recreativo es que, tanto las características de la propia actividad como las del local en que ésta se desarrolla, se han de hacer en función del cumplimiento de los requisitos que se establecen en la LEPAR y especialmente, en el Catálogo.

Llegados a este punto lo mas adecuado es enmarcar a los clubes privados de fumadores dentro de la **clase de otros servicios terciarios**, que es la clase de uso que acoge todas aquellas actividades de servicios terciarios no encuadrables en el resto de clases de este uso y que cumplan básicamente la función de dar un servicio al ciudadano de carácter no dotacional, puesto que, el desarrollo de la actividad implica el esparcimiento, ocio y recreo de las personas.

Artículo 7.6.1.2.e) de las NN.UU:

“Otros servicios terciarios: Se incluyen en esta clase de uso terciario aquellas actividades que cumplan básicamente la función de dar un servicio al ciudadano de carácter no dotacional, tales como servicios higiénicos personales, sanitario (como clínicas odontológicas sin hospitalización con cirugía menor, etc.) o educativo no reglado, u

ocupación del tiempo de ocio no encuadrada en la clase de uso terciario recreativo”.

Establecida la premisa de que un club privado de fumadores es una expresión del derecho fundamental de asociación, que comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones para la consecución de fines lícitos; el derecho de asociación se rige con carácter general por lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2002, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico. De conformidad con lo dispuesto en el art. 10 de esa ley, las asociaciones reguladas en élla deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad de la constitución. La inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros, (art. 10.2 LO 1/2002). En consecuencia todos los actos relativos a las asociaciones que, según el art. 2 del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones, son inscribibles, entre los que se encuentra la constitución de la asociación, deberán inscribirse en el Registro Autonómico de Asociaciones de la Comunidad de Madrid dependiente de la Dirección General de Seguridad interior, cuando éstas desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito territorial de esta Comunidad o en el Registro Nacional de Asociaciones cuando se trate de asociaciones de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.

Sobre este extremo en la consulta se plantea si se debe pedir copia de la solicitud de la Inscripción de la Asociación como club privado de fumadores.

En virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la OMTLU, la intervención municipal a través de la licencia urbanística en aquellas actividades que por su naturaleza estén sujetas a autorizaciones administrativas previas de otras Administraciones Públicas, se limitará a requerir, junto con la solicitud, la copia de las mismas o la acreditación de que han sido solicitadas.

A este respecto es importante indicar que, tal y como expresa el art. 2 de la LO 1/2002, el contenido del derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa; pero, dado que el requisito de inscripción es el elemento que cualifica la actividad de club privado de fumadores frente a otra actividad que implique el esparcimiento, ocio y recreo de las personas, por seguridad jurídica, se hace necesario equiparar la intervención municipal en este tipo de actividades a la que se debe realizar en aquellas actividades que por su naturaleza estén sujetas a autorizaciones administrativas previas de otras Administraciones Públicas; por lo que se hace necesario que junto a la solicitud se requiera la copia de referida inscripción o la acreditación de que ha sido solicitada.

En la consulta, como tercera cuestión, se plantea que, dado que este tipo de actividades no se encuentran dentro del Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos, Locales e Instalaciones, no es de aplicación el Capítulo VI. Condiciones exigibles a actividades comerciales, industriales y de servicios, del Título I de la Ordenanza de Protección contra la Contaminación Acústica y Térmica.

La OPCAT, en su art. 25, clasifica las actividades a efectos de condiciones de insonorización, estableciendo en el apartado 1 esta clasificación con relación a las actividades recreativas y de espectáculos públicos; pero, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de ese artículo , se asimilarán a los respectivos tipos definidos para las referidas actividades recreativas y de espectáculos públicos, aquellas actividades que, por su capacidad de producir elevados niveles sonoros, impactos o vibraciones, o por la propia naturaleza de la actividad desarrollada, se utilicen equipos musicales, megafonía, o en los que se emitan cánticos o se baile.

A tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del referido artículo, si la propia naturaleza de la actividad autorizada no conlleva de modo necesario la emisión de música, ni la práctica de canto o baile, pero se pretende disponer equipos de reproducción sonora con la previsión de superar los niveles sonoros permitidos, les serán exigibles todas o algunas de las condiciones de insonorización previstas para el tipo de actividad al que sea asimilable, suficientes para evitar la superación estimada.

Dado que un club privado de fumadores es un espacio de reunión para el recreo y esparcimiento de un determinado colectivo de personas, (asociación) en base al consumo de productos del tabaco, a efectos prácticos, es razonable considerar que, además de poner en común la actividad de consumo de los citados productos, puedan poner en común otras actividades que complementen el recreo y el esparcimiento de sus socios. Si dentro de estas actividades complementarias se incluye la emisión de música, la práctica de canto o baile, o se pretenda disponer equipos de reproducción sonora con la previsión de superar los niveles sonoros permitidos, ese hipotético club privado de fumadores, a efectos de condiciones de insonorización, se asimilará a uno de los respectivos tipos definidos en el art. 25.1 de la OPCAT para las actividades recreativas y de espectáculos públicos.

Si la implantación de este tipo de clubes no conlleva de modo complementario la emisión de música, ni la práctica de canto o baile, ni se pretende disponer equipos de reproducción sonora o aún deponiéndolos se prevé la no superación de los niveles sonoros permitidos, se estará a lo dispuesto en la Sección 3^a. Fuentes sonoras de carácter doméstico y relaciones vecinales, Capítulo VIII, Título I de la OPCAT.

Como cuarta cuestión se pregunta si se pueden consumir comidas y bebidas incluso bebidas alcohólicas dentro del club.

Partiendo de la hipótesis planteada para la cuestión anterior de que, además de poner en común la actividad de consumo de los productos del tabaco, cabe la posibilidad de que puedan poner en común otras actividades que complementen el recreo y el esparcimiento de sus socios, por lo que nada impide para que en su interior se consuman comidas y bebidas, siempre que todo sea llevado a cabo por los propios socios y los destinatarios sean exclusivamente ellos; teniendo en cuenta que, de conformidad con la DA 9^a de la Ley 28/2005, no puede haber ánimo de lucro y el club no puede incluir entre sus actividades u objeto social la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles.

Como última cuestión a abordar es si debe ser un local y licencia independiente o bien podría ser una estancia independiente de un local con otra actividad, siempre y cuando haya compatibilidad con la misma.

Por la propia naturaleza de los clubes privados de fumadores, se ha de entender estos están sometidos a las limitaciones propias del contenido y principios del derecho de asociación recogidas en la LO 1/2002 y a las que se derivan de la de la Ley 28/2005, (en especial el art. 7, prohibición de fumar y DA 9^a), y de los requisitos y condiciones a que la normativa sujete a las actividades, de modo que no se superen los límites establecidos de repercusión ambiental, de salubridad y de seguridad frente a terceros.

Con base a las limitaciones expresadas en el párrafo anterior se puede estimar que este tipo de actividades resultan incompatibles con la práctica totalidad de actividades que, a tenor de la normativa sectorial de aplicación a las mismas, se defina y limite la edad de los usuarios, naturaleza y tipo de las actividades a desarrollar, sus horarios de apertura, así como por las dotaciones y demás características técnicas específicas que deban disponer éstas, dado su carácter de uso público.

Consecuentemente con el escenario expuesto, desde esta Secretaría Permanente se considera que los locales previstos para albergar clubes de fumadores deberán ser independientes.

Toda vez que los clubes privados de fumadores deberán ser entidades con personalidad jurídica, carecer de ánimo de lucro y no incluir entre sus actividades u objeto social la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles, no parece que sean compatibles estas circunstancias de personalidad jurídica con el ejercicio de actividades que tengan fin de lucro, de comercialización o compraventa; por lo que estas incompatibilidades se deben extender a la titularidad de actividades cuyo objeto y naturaleza se correspondan con los supuestos no permitidos a estas asociaciones en razón a su personalidad jurídica.

CONCLUSIÓN

A la vista de lo hasta aquí expuesto, se considera que se han de aplicar los siguientes criterios:

- Los clubes privados de fumadores, desde la óptica de las NN.UU, se clasifican como usos de servicios terciarios, clase otros servicios terciarios.
- Un club privado de fumadores es una expresión del derecho fundamental de asociación y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 de LO 1/2002, las asociaciones reguladas en élla deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad la constitución. Dado que el requisito de inscripción es el elemento que cualifica la actividad de club privado de fumadores frente a otra actividad que implique el esparcimiento, ocio y recreo de las personas, por seguridad jurídica, se hace necesario que junto a la solicitud se requiera la copia de referida inscripción o la acreditación de que ha sido solicitada.
- Un club privado de fumadores es un espacio de reunión para el recreo y esparcimiento de un determinado colectivo de personas en base al consumo de productos del tabaco que, además de poner en común la actividad de consumo de los citados productos, puedan poner en común otras actividades que complementen el recreo y el esparcimiento de sus socios Si dentro de estas actividades complementarias se incluye la emisión de música, la práctica de canto o baile, o se pretenda disponer equipos de reproducción sonora con la previsión de superar los niveles sonoros permitidos, ese hipotético club privado de fumadores, a efectos de condiciones de insonorización, se asimilará a uno de los respectivos tipos definidos en el art. 25.1 de la OPCAT para las actividades recreativas y de espectáculos públicos.

Si la implantación de este tipo de clubes no conlleva de modo complementario la emisión de música, ni la práctica de canto o baile, ni se pretende disponer equipos de reproducción sonora o aún deponiéndolos se prevé la no superación de los niveles sonoros permitidos, se estará a lo dispuesto en la Sección 3^a. Fuentes sonoras de carácter doméstico y relaciones vecinales, Capítulo VIII, Título I de la OPCAT.

- Nada impide para que en el interior de un club privado de fumadores se consuman comidas y bebidas, siempre que todo sea llevado a cabo por los propios socios y los destinatarios sean exclusivamente ellos; teniendo en cuenta que, de conformidad con la DA 9^a de la Ley 28/2005, no puede haber ánimo de lucro y el club no puede incluir entre sus actividades u objeto social la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles.
- Los locales previstos para albergar clubes de fumadores deberán ser independientes.

- La persona jurídica de naturaleza asociativa que constituya un club privado de fumadores no puede ostentar la titularidad de actividades cuyo objeto y naturaleza se correspondan con los supuestos no permitidos a este tipo de asociaciones en razón a su personalidad jurídica; es decir no pueden ser titulares de actividades que tengan fin de lucro, de comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles.

Madrid, 24 de marzo de 2011