



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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

SENTENCIA: 00011/2014

- N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2012 0000266

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000258 /2012 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: LOPD

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª: LOPD

Contra D./Dª ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON, FLORES LUENGO S.L.

Letrado: LOPD , LOPD

Procurador D./Dª LOPD , LOPD

SENTENCIA

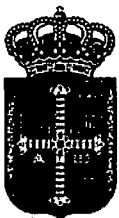
En Gijón, a quince de enero de dos mil catorce.

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 258/2012, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Don ^{LOPD} , representado por el Procurador Don ^{LOPD} y asistido por el Letrado Don ^{LOPD} , de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don ^{LOPD} y asistido por el Letrado Don ^{LOPD} y de otra como codemandado la entidad Flores Luengo S.L., representada por la Procuradora Doña ^{LOPD} y asistida por el Letrado Don ^{LOPD} ; sobre contratación administrativa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el recurrente se presentó en este Juzgado, recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido en tiempo y forma, 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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que ha pesado sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 28-6-12 por la que se aprueban los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que habrán de regir la licitación para la concesión administrativa para rehabilitación y explotación del quiosco de la Plaza San Miguel para usos hosteleros y contra el acuerdo dictado el 4-9-12 por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón por medio de la cual se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior, así como contra cualquier otro acto administrativo, acuerdo o resolución dictada en relación con el mencionado expediente. Asimismo es objeto de recurso la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 3-10-12 por la que se adjudica a Flores Luengo S.L. la concesión administrativa para la rehabilitación y explotación del quiosco sito en la Plaza de San Miguel para usos hosteleros.

Se señala en la demanda que el actor es titular de un negocio de hostelería sito en la calle Cura Sama nº 6-bajo, de Gijón denominado Café Plaza a escasos 41 metros lineales de la ubicación del quiosco ubicado en la Plaza de San Miguel en Gijón, de titularidad del Ayuntamiento de Gijón. Que el 1-3-12 fue aprobada la propuesta para la concesión para la rehabilitación y explotación del quiosco de la Plaza de San Miguel que en ese momento se encontraba vacante y sin uso. Que según se expresa en dicha propuesta ha de tramitarse expediente de concesión para la rehabilitación y explotación del mismo, como bar con terraza, complementario a actividad hostelera existente (establecimiento en funcionamiento con frente a la Plaza de San Miguel). Que en dicha propuesta no se hace justificación alguna respecto a tal requisito. Se indica que el 28-5-12 fue aprobado un pliego técnico de la concesión para la rehabilitación y explotación del quiosco de la Plaza de San Miguel, constituyendo su objeto el otorgamiento de concesión administrativa para la rehabilitación y explotación del quiosco sito en la plaza de San Miguel, con una ocupación rectangular y fábrica de ladrillo, con una superficie de 12,56 m², para usos hosteleros, siempre vinculada a la concesión de terraza en el ámbito que se indica en plano adjunto y cumpliendo lo establecido en la ordenanza reguladora de la instalación de terrazas de hostelería en la vía pública. En relación con los requisitos de los licitadores, se expresa que éstos deberán acreditar la titularidad de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza de San Miguel de la que la explotación del quiosco y su terraza será complementaria. Se añade que el local del actor se encuentra dentro del ámbito señalado en el plano al que se refiere el Sr. Arquitecto Municipal en el Pliego Técnico para la concesión administrativa. Que en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares se exige, entre los documentos a aportar en el sobre A, 10, que los licitadores deberá aportar

la siguiente documentación acreditativa de la titularidad de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza de San Miguel, de la que la explotación del edificio del quiosco y su terraza será complementaria, los datos del establecimiento, nombre comercial, calle y nº en la que se ubica; declaración responsable de estar en posesión de las preceptivas licencias para el establecimiento hostelero en funcionamiento, estar en posesión de la licencia de instalación y estar al corriente en sus obligaciones fiscales, municipales, referidas al establecimiento. Se indica que ello liza frontalmente con el procedimiento de adjudicación en el que el contrato se adjudicará mediante tramitación ordinaria y por el procedimiento abierto, no sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación.

Sigue la demanda que solo existen dos locales de hostelería que cumplan con dicho requisito, quedando excluido expresamente por el mismo el actor para poder optar a la concesión administrativa para la rehabilitación y explotación del quiosco de la Plaza de San Miguel. Por ello el procedimiento en ningún caso puede ser considerado como abierto.

Como fundamentos de derecho se invoca el art. 1 del RD Leg 3/11 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se señala que el principio de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia no han sido respetados en el presente caso. Se argumenta que el pretendido itinerario peatonal para realizar el trayecto desde el establecimiento hasta el quiosco carece de fundamento, máxime teniendo en cuenta que el propio Ayuntamiento ha reordenado los pasos de peatones existentes a fin de facilitar la explotación del quiosco por la actual adjudicataria. Se indica que se sigue sin dar respuesta a que el negocio deba dar frente a la Plaza de San Miguel, existiendo varios locales de hostelería en las calles aledañas a la plaza. Se añade que no resulta congruente que nos encontremos ante un procedimiento abierto a solo dos licitadores, lo que redundaría en la vulneración del principio de libre concurrencia. Asimismo se indica que la visualización desde el establecimiento del actor es mejor que desde el local de la otra concurrente al proceso de licitación, así como más cercano, disponiendo el actor en su local con aseos en planta/calle para minusválidos, cuando la concesionaria tiene situados sus servicios en la planta baja, habiendo obtenido recientemente el establecimiento del recurrente un premio de la Asociación de Hostelería Costa Verde, formada por profesionales del sector, así como una variada carta de comidas con la que se verían beneficiados los eventuales clientes de la terraza.

Por la Administración demandada y la parte codemandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Impugna el actor el párrafo primero del apartado "requisitos de los licitadores" del pliego técnico, consistente en que los licitadores deberán acreditar la titularidad de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza de San Miguel, así como la prescripción contenida en la

cláusula 12ª del Pliego de Cláusulas Administrativas, en lo referente a que en el sobre A ha de incluirse la documentación que acredite la titularidad de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza de San Miguel.

Argumenta el actor que solo dos locales de hostelería cumplen dicho requisito por lo que el procedimiento no puede ser considerado abierto. El art. 157 del RD Leg 3/11 señala que en el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

Ocurre en el presente caso que el pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula 1, folio 11 del expediente) vincula el otorgamiento de la concesión administrativa a la concesión de una terraza, de modo que la explotación del edificio del quiosco y su terraza es complementaria del establecimiento hostelero que según la cláusula 12ª, sobre A apartado 10 ha de tener frente a la Plaza de San Miguel.

Por tanto no pudiendo configurarse el procedimiento de adjudicación como restringido en los términos que establece el art. 162 y ss. del RD Leg 3/11 procede determinar si esa limitación espacial que establecen los pliegos (los establecimientos han de dar frente a la Plaza de San Miguel) es conforme a derecho.

A este respecto ha de señalarse que con arreglo al art. 96.5 de la Ley 33/03 del Patrimonio de las Administraciones Públicas para decidir sobre el otorgamiento de la concesión o autorización (en régimen de concurrencia) se atenderá al mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado, que se valorarán en función de los criterios especificados en los pliegos de condiciones.

El precepto otorga, así, a la Administración un amplio margen de apreciación, que obviamente no excluye su control jurisdiccional que ha de realizarse sobre la motivación del acto impugnado.

El actor alega que no se han respetado los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, estableciendo una discriminación respecto a los titulares de otros establecimientos de hostelería presentes en la zona.

Sin embargo ya la propuesta de la Concejal Delegada de Administración Pública y Hacienda de 1-3-12 (folio 3 del expediente) se refiere a la tramitación del expediente como bar con terraza con las condiciones (entre otras) de que es complementario a actividad hostelera existente (establecimiento en funcionamiento con frente a la Plaza San Miguel). Asimismo en el informe técnico municipal de 3-4-12 se señala que la instalación estará vinculada a un uso hostelero existente en la plaza. En caso contrario, deberá justificarse la disponibilidad de un mínimo de dos aseos con retrete y lavabo, separados por cada sexo y aislados del resto del local mediante un vestíbulo.

Consta igualmente en el expediente (folio 49) el informe elaborado por la Jefa de Sección de Inventario con el visto bueno de la Jefa de Servicio de Patrimonio de 31-8-12 en el que se señala que no se estima que se haya vulnerado el derecho de igualdad por establecer como requisito la existencia de un negocio hostelero con frente a la plaza, ya que el quiosco en sí no se puede considerar un negocio independiente, sino que el uso de éste es el complemento a un negocio hostelero establecido. Así lo precisa el pliego técnico al señalar que los licitadores deberán acreditar la titularidad de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza de San Miguel, de la que la explotación del quiosco y su terraza será complementaria. Quiosco y terraza por tanto, sigue el informe, se vinculan por igual a un negocio hostelero existente en la plaza. Asimismo el informe indica que el criterio establecido se fundamenta en la calidad del servicio al público, que se prestará mejor si se visualiza desde el propio establecimiento principal su prestación. Por otro lado el cliente podrá también visualizar desde el propio quiosco y su terraza el establecimiento del que dependen y dirigirse a él y utilizar sus instalaciones, en caso de que lo desee, sin necesidad de indicación alguna. Estos objetivos no se cumplirían si el establecimiento se encuentra en una calle radial. En cuanto al criterio pretendido por el recurrente, de fijar una distancia determinada al quiosco, tampoco se puede establecer de la forma en que él la expone, ya que habría que medir esa distancia siguiendo un itinerario peatonal y no mediante una línea recta, punto a punto. Este itinerario peatonal consiste en el trayecto de un peatón cruzando por los pasos de peatones existentes por lo que la distancia desde la puerta de su negocio hasta el quiosco no serían los 40,74 metros alegada sino aproximadamente de 149 metros, superior a la de cualquier establecimiento que pudiera existir en la plaza. La distancia desde el establecimiento nº 1 del plano acompañado, sería de aproximadamente 85 metros y la del nº 2 de 92 metros (en el mismo sentido informe técnico municipal de 30-8-12, folio 48 del expediente). Se concluye en el informe señalando que dadas las características del quiosco, de los accesos existentes y de la configuración de la plaza en que se ubica, la forma que se estimó mas conveniente para dotar a la edificación de unos usos hosteleros, proporcionando un buen servicio al cliente, es la recogida en los pliegos aprobados, de explotación por el titular de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza San Miguel.

Por tanto la Administración justifica en el expediente en los documentos e informes que hemos reseñado las razones por las que decide establecer como exigencia una vinculación del quiosco objeto de licitación con los establecimientos de hostelería existentes en la plaza.

No puede acogerse la alegación del actor en el sentido de que la fijación de la condición de que los licitadores acrediten la titularidad de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza de San Miguel vulnere el principio de libre acceso a las licitaciones o el principio de igualdad de trato.

A este respecto la sentencia constitucional 22/81 se refiere a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la



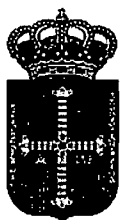
Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es solo violada si la desigualdad esta desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada.

En el presente caso no pueden considerarse arbitrarios o irrazonables los motivos que llevaron a la Administración a limitar la licitación del quiosco a los establecimientos de hostelería que dieran a la Plaza de San Miguel, tanto por razones de distancia como para la prestación de un mejor servicio en la medida en que el quiosco resulta visible frontalmente desde los establecimientos situados en la misma, lo que lleva a la Administración a configurar el uso del quiosco como complementario del establecimiento principal, aún cuando el mismo fuera susceptible de explotación autónoma.

Respecto a la distancia de los establecimientos hasta el quiosco, la misma es cuantificada en el informe técnico municipal de 30-8-12 según el cual el Restaurante Agu dista 85 metros, Il Café di Roma 92 metros y el Café Plaza 149 metros.

Consta acreditado en autos que tras la adjudicación a Flores Luengo S.L. de la concesión administrativa por resolución de 3-10-12 se señalizaron 2 nuevos pasos de peatones en la Plaza de San Miguel. Así en el informe remitido por el Jefe del Servicio de Tráfico y Regulación Vial de 30-5-13 (folio 196 de la causa) se señala que la Plaza de San Miguel tenía dos pasos de peatones con señalización horizontal en el sentido de la calle Uria y Menéndez Valdés, pero no disponía de ninguno en el sentido de la calle Celestino Junquera y Cura Sama. Este último trayecto es utilizado por un número considerable de peatones. Con objeto de mejorar la movilidad peatonal y aumentar la seguridad vial de los peatones, desde dicho servicio se decidió señalizar dos pasos de peatones, uno para cruzar desde la Plaza hasta la calle Cura Sama, que se señaló horizontalmente el 31-10-12 y otro para cruzar desde la calle Celestino Junquera hasta la Plaza, que se señaló horizontalmente el día 2-11-12. Posteriormente, por el Servicio de Obras Públicas del Ayuntamiento de Gijón se ejecutaron las obras de rebaje de las aceras en los puntos donde se habían señalado los pasos de peatones para la supresión de barreras y mejora de la accesibilidad, como se hace en el resto de pasos de peatones de la ciudad.

Argumenta el actor, con aportación de planos elaborados por el testigo perito D. LOPD (folios 141 y 142 de la causa) que para facilitar la explotación del quiosco el Ayuntamiento ha procedido a reordenar el tráfico de la Plaza de San Miguel, a favor de la adjudicataria, quedando el negocio del recurrente a una distancia de 40,74 metros del quiosco y el de la adjudicataria a 36,76 metros, mientras que el segundo de los licitadores queda a 56,38 metros de distancia. Señala el actor que tal reordenación de tráfico se



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

produjo para beneficiar a la adjudicataria alegando la existencia de desviación de poder.

No podemos acoger estas alegaciones. En primer lugar, tal y como se dice en el informe remitido por el Jefe de Servicio de Tráfico y Regulación Vial (folio 196 de la causa) la decisión de dicho cambio se tomó por dicho Servicio (no por el Servicio de Patrimonio que había intervenido en la tramitación de la concesión administrativa). En segundo lugar dicha reordenación se produjo con posterioridad a la adjudicación de la concesión (por resolución de 3-10-12, folios 185 y 186 del expediente), en cuyo momento ya no podía influir en el otorgamiento de dicha concesión, por lo que no puede afirmarse que la reordenación del tráfico realizada beneficiara la posición de la codemandada en el procedimiento de licitación de la concesión.

Respecto a la exigencia de que el quiosco sea complementario de un establecimiento con frente a la Plaza, la misma aparece justificada en el informe técnico de 3-4-12 (folio 5 del expediente) cuando se señala que la instalación estará vinculada a un uso hostelero existente en la plaza. En caso contrario deberá justificarse la disponibilidad de un mínimo de dos aseos con retrete y lavabo separados por cada sexo y aislados del resto del local mediante un vestíbulo.

El hecho de que el quiosco desde un punto de vista urbanístico tenga una superficie suficiente para su explotación autónoma, no impide que la Administración, dentro del margen de discrecionalidad que le atribuye el art. 96.5 de la Ley 33/03 establezca la concesión del quiosco como una instalación complementaria de un establecimiento principal con frente en la Plaza de San Miguel en base a criterios que no pueden calificarse de irrazonables o arbitrarios como son la distancia del trayecto peatonal, la visión directa del mismo desde los negocios que dan frente a la Plaza de San Miguel y considerando asimismo la escasa dimensión del quiosco, con una superficie útil de 9,46 m² (folio 127 del expediente), que como habría de incluir dos aseos, dificultaría en grado sumo la prestación de un servicio de calidad (habría de albergar además las existencias del negocio).

Finalmente la exigencia de que el establecimiento hostelero de frente a la plaza permite una visión directa del quiosco desde dicho establecimiento lo que redundaría en un mejor servicio al cliente, aspecto este justificado en el informe municipal de 31-8-12 (folio 49 del expediente) en la calidad del servicio que se prestará mejor si se visualiza desde el propio establecimiento principal su prestación y por otro lado el cliente podrá también visualizar desde el propio quiosco y su terraza el establecimiento del que dependen y dirigirse a este y utilizar sus instalaciones, sin necesidad de indicación alguna.

El testigo perito Sr. LOPD fue interrogado en su comparecencia judicial sobre si los árboles de la plaza impedían la visibilidad del quiosco desde el restaurante Agu a lo que contestó (minuto 8,05 de la grabación) que desde el punto de vista visual tiene mucha mas perspectiva desde la terraza el Café Plaza que el restaurante que da frente a la

Plaza. No podemos compartir esta apreciación pues, tal y como se constata en los planos aportados por dicho testigo (folios 141 y 142 de la causa), la visión del quiosco desde el restaurante Agu y viceversa, es directa mientras que la visión desde el Café Plaza, al estar situado en una calle fuera de la Plaza no es directa, por lo que el quiosco no se observa desde dentro del establecimiento a diferencia de los negocios que dan frente a la Plaza desde cuyo interior sí se ve.

En definitiva, el requisito establecido en el procedimiento de licitación en el sentido de que los licitadores deben acreditar la titularidad de un establecimiento hostelero con frente a la Plaza de San Miguel, no infringe los principios de libre acceso e igualdad de trato entre licitadores ni origina una discriminación respecto al actor en cuanto se trata de una condición establecida por la Administración dentro del margen de discrecionalidad que le otorga el art. 96.5 de la Ley 33/03 para decidir el mayor interés y utilidad pública en la utilización del quiosco, cuyo criterio se fundamenta en motivos ya analizados, que no pueden calificarse de arbitrarios ni irrazonables, sino que (por el contrario) constituyen una justificación objetiva y razonable de dicha condición por lo que no infringen el principio de igualdad recogido en el art. 14 CE.

El hecho de que le haya sido concedida a la Cafetería La Pause una terraza en la plaza de los Campinos a la altura del nº 5 de la calle Covadonga no excluye las anteriores conclusiones. Así el juicio relacional propio del principio de igualdad exige la identidad de los supuestos que se someten a comparación y en el presente caso no existe tal identidad. Los actos recurridos han sido dictados en un procedimiento de licitación de una concesión administrativa regido por un pliego de cláusulas administrativas y particulares y un pliego técnico, mientras que en el caso de la Cafetería La Pause la misma no participó en un procedimiento de licitación de una concesión administrativa, sino que obtuvo una licencia de instalación de terraza.

Procede pues la desestimación del recurso interpuesto también respecto a la pretensión deducida con carácter subsidiario en el suplico de la demanda en cuanto corresponde a la Administración y no a los posibles licitadores la redacción de los pliegos que regulan la concesión administrativa litigiosa.

TERCERO: 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 fáctica y jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. ^{LOPD} en nombre y representación de D. ^{LOPD} contra las resoluciones del Ayuntamiento de Gijón de 28-6-12,



4-9-12 y 3-10-12 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 Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.

NOTIFICADO Y
22 ENE. 2014
TRASLADO

