

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

SENTENCIA: 00084/2013

-

N11600

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

N.I.G: 33024 45 3 2012 0000294

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000285 /2012 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De CAFETERIA EBANO S.C

Letrado: D. LOPD

Procurador Dª: LOPD

Contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado: D. LOPD

Procurador D. LOPD

SENTENCIA

En GIJON, a dieciséis de Abril 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 Abreviado núm. 285/2012, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante "Cafetería Ebano S.C." representada por la Procuradora Dña LOPD y asistida por el Letrado D. LOPD y de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón representado por el Procurador D. LOPD y asistido por el Letrado D. LOPD, sobre sanción.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte actora se presentó demanda en la que alegó los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la misma y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se proceda a anular la resolución de naturaleza sancionadora de fecha 25 de julio de 2012, dictada por el Área de Economía y Hacienda (servicios de gestión de ingresos-Negociado de sanciones) del Ayuntamiento de Gijón, en el seno del expediente sancionador 016101/2012/M.

SEGUNDO: La demanda fue admitida a trámite señalándose día y hora para la celebración de la vista, acordando reclamar de la Administración demandada el correspondiente expediente

administrativo, el cual fue remitido, celebrándose la vista con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 25-7-12 por la que se le impone una sanción de multa de 1.300 euros por la instalación de terrazas de hostelería sin autorización o fuera del periodo autorizado.

Se señala en la demanda que la terraza objeto de debate se ubica en terreno particular de uso exclusivamente privado, para cuya ocupación se encuentra debidamente autorizada la actora en virtud de contrato de arrendamiento de 12-4-11 formalizado con la comunidad de propietarios de la Avenida de Portugal nº 64. Se indica que la Ordenanza no resulta de aplicación al presente supuesto ni tampoco es aplicable el art. 1.4 de la Ordenanza ya que el terreno donde se ubica la terraza es de uso exclusivo del edificio. Se indica que no consta instalación de terraza alguna, sino un acopio de materiales (sillas y mesas) sobre un terreno de titularidad privada. Que la terraza no se instaló hasta el 8-8-12 fecha en la que la actora efectuó comunicación previa al Ayuntamiento, poniendo en conocimiento de éste las características técnicas de la instalación.

Se alega que el caso ha de ser analizado a la luz del nuevo marco establecido por la Directiva de Servicios y su trasposición al derecho interno principalmente mediante la Ley 17/09 y la Ley 25/09 indicando que con carácter general el ejercicio de actividades no cabe ser sometido a la previa obtención de licencia o autorización, salvo que la actividad pueda afectar a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud pública o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento o autorización previa esté justificada y resulte proporcionada.

Como fundamentos de derecho se señala que la Ordenanza abarca la regulación del procedimiento técnico y jurídico, condiciones y requisitos necesarios para la instalación y funcionamiento de las terrazas de hostería en vías o terreno de uso público con independencia de su titularidad pero no abarca aquellas instalaciones que se ubiquen en terrenos de titularidad y uso exclusivamente privado; se alega la infracción del principio de tipicidad; que no consta la instalación de terraza alguna; que la terraza no se instaló hasta el 8-8-12 fecha en que la actora efectuó comunicación previa al Ayuntamiento de Gijón. Con carácter subsidiario se alega la directiva de Servicios 2006//123 del Parlamento Europeo y del Consejo. Se señala que como consecuencia directa de la falta de adaptación de la normativa municipal, la aplicación de las ordenanzas municipales puede poner de manifiesto la contradicción de estas con la Directiva de

Servicios o bien con el propio derecho interno español, como ocurre en el presente caso. Se invocan los arts. 84 bis y 84 ter. de la Ley 7/85, el art. 5 de la Ley 17/09 y el art. 9 de la Directiva reseñada.

Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Se alega en primer lugar que la Ordenanza reguladora de la instalación de terrazas de hostelería en la vía pública en Gijón no es aplicable al caso por cuanto la propiedad del terreno donde se ubica es de titularidad privada.

El art. 1.4 de la Ordenanza establece que en todo caso para las instalaciones en suelo privado y de uso público será de aplicación lo dispuesto en esta Ordenanza respecto a las características, condiciones y actividad de estas instalaciones, aun cuando no generen la correspondiente tasa de ocupación de vía pública.

Niega la actora que el terreno donde se coloca la terraza sea de uso público sino exclusivo de la propiedad del mismo. Sin embargo la apertura de tal espacio como terraza de hostelería comporta un indudable uso público de la misma y por tanto del terreno en que se asienta, ya que cualquier persona puede acceder a dicha terraza y solicitar los servicios propios de la cafetería titular de la misma. Así pues la utilización de la terraza por la generalidad de los ciudadanos conlleva un uso público de la misma y del terreno en que se ubica que justifica la intervención municipal en orden a conciliar, como dice la exposición de motivos de la ordenanza, los intereses públicos y privados que concurren en el uso de la terraza litigiosa. A ello ha de añadirse que, como muestra la fotografía realizada por la Policía Local (folio 3 del expediente), el terreno en cuestión no tiene un cierre que lo delimite, ni señales que indiquen su titularidad, apareciendo contiguo, sin solución de continuidad, a las aceras de titularidad pública que rodean dicho terreno, lo que produce una apariencia de uso público que justifica, a mayor abundamiento, la intervención municipal.

Se alega que en el caso de instalaciones colocadas en suelo privado de uso público la Ordenanza se aplica, según su art. 1.4, respecto a las características, condiciones y actividad de estas instalaciones, pero no su régimen sancionador. Sin embargo la imposición de una sanción por falta de autorización se integra en tales materias pues lo que se sanciona es el incumplimiento de dicha Ordenanza en cuanto a las condiciones y actividad de estas instalaciones.

Se niega la realidad de los hechos denunciados argumentando que no consta la instalación de terraza alguna sino un acopio de materiales (sillas y mesas). Sin embargo no habiéndose justificado que la presencia de mesas y sillas en el terreno arrendado por la comunidad de propietarios de la Avda. de Portugal 64 tuviera otra finalidad diferente, ha de considerarse acreditado que las mismas constituyen elementos de dicha terraza, tal y como apreció la Policía Local en su denuncia, a lo que cabe añadir que en la fotografía obrante en

el expediente (folio 3) se observa la existencia de un rótulo en el que se puede leer Ebanó Terraza, lo que evidencia la existencia de la misma.

Se alega por el actor la innecesariedad de licencia por aplicación de la Directiva de Servicios 2006/123, invocando igualmente el art. 84 bis de la Ley 7/85. Este último precepto previene que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento este justificada y resulte proporcionada.

La Administración demandada en su contestación a la demanda alega la existencia de razones de seguridad y salud pública.

En efecto, la Ordenanza Municipal aplicada en la resolución recurrida se refiere a la seguridad en diversos preceptos. Así en cuanto a la instalación de la iluminación (art. 18), el mantenimiento de las instalaciones en debidas condiciones de seguridad (art. 19), la obligación del titular de arbitrar aquellas medidas que se han de aplicar en materia de seguridad (art. 21). Aun sin citar la palabra seguridad el art. 28 trata de preservar la misma cuando establece que las mamparas o deflectores de vientos deben ser visibles a distancia y evitarán aristas y bordes cortantes.

También es la seguridad el bien jurídico protegido en el art. 30 de la Ordenanza, cuando prevé que las terrazas podrán ir colocadas sobre plataformas o tarimas, con una altura máxima de 17 cm, cuyo desnivel a salvar mediante rampa se resolverá en el interior de la superficie de la terraza, disponiendo en su perímetro de una barrera de protección del desnivel resultante entre el vial y el suelo de la terraza de 90 cm. de altura mínima con un zócalo continuo y con una resistencia y rigidez suficiente para aguantar un posible empuje horizontal de los usuarios de la instalación. En los supuestos de calles con pendiente, las plataformas habrán de escalonarse.

Asimismo se trata de garantizar la seguridad en el art. 31, cuando se prevé que con carácter general en las terrazas instaladas en la vía pública sólo se autorizará la colocación de sombrillas fácilmente desmontables y sujetas mediante una base de suficiente peso de manera que no suponga peligro para los usuarios y viandantes. El art. 33 de la Ordenanza se refiere igualmente a la seguridad al establecer que la estructura de sustentación será estable significativamente a la acción del viento, por lo que el titular de la instalación arbitraré, las medidas que sean de aplicar en materia de seguridad.

Por tanto ha de concluirse que la instalación de terrazas de hostelería se incluye en la excepción de protección de la seguridad que permite la exigencia de licencia previa.

No se infringe el art. 9 de la Directiva de Servicios en cuanto no se ha acreditado la existencia de discriminación. La necesidad del régimen de autorización se justifica en la defensa de la seguridad de las personas que acceden a la terraza, cuya protección constituye un interés general y tal objetivo de mantener la seguridad de la terraza que se manifiesta en diversos preceptos de la Ordenanza ya reseñados requiere un control preventivo y no posterior que garantice el cumplimiento de los requisitos que tratan de asegurar la seguridad de la instalación para los usuarios de la misma.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado.

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 jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña LOPD LOPD en nombre y representación de "CAFETERIA EBANO S.C." contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 25-7-12 (confirmada dicha desestimación por resolución de 13-11-12) por resultar dicha resolución presunta conforme a derecho; sin costas.

La presente sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe.