



**T.S.J. ASTURIAS CON/AD (SEC. UNICA)
OVIEDO**

LOS ANGELES FERNANDEZ
C/ ALFONSO ANAS DE VILLASO
PROCURADORES
Mozares de Pidal, 7 - 1º Izqda.
Telf: 985 24 05 97 Fax: 985 27 24 59
33004 OVIEDO

SENTENCIA: 00289/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O.: 295/2015

RECURRENTE: FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOSTELERÍA-FEHR

PROCURADORA: D^a.

RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE OVIEDO

PROCURADOR: D.

CODEMANDADO: ASOCIACION DE VECINOS DEL FONTAN

PROCURADORA: D^a.

CODEMANDADO: ASOCIACION DE VECINOS DEL OVIEDO ANTIGUO

PROCURADORA: D^a.

**CODEMANDADO: ASOCIACIÓN DE CIUDADANOS AFECTADOS POR LA
MOVIDA**

PROCURADORA: D^a.

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Julio Luis Gallego Otero

Magistrados:

D. Rafael Fonseca González

D. José Manuel González Rodríguez



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

En Oviedo, a dieciocho de abril de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 295/2015, interpuesto por la Federación Española de Hostelería – FEHR, representado por la Procuradora D^a. actuando bajo la dirección Letrada de D. I. , contra el Ayuntamiento de Oviedo, representado por el Procurador D. y defendido por D^a. y como partes codemandadas la Asociación de Vecinos del Fontán, la Asociación de Vecinos del Oviedo Antiguo y la Asociación de Ciudadanos Afectados por la Movida, representadas por la Procuradora D^a. \ y bajo la dirección Letrada de D^a Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fonseca González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la ordenanza recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el

recurso se confirme la ordenanza recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a las partes codemandadas para que contestasen a la demanda lo hicieron en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la ordenanza recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- No habiéndose solicitado prueba y no siendo necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 14 de abril pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la Federación Española de Hostelería-FEHR, se interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la aprobación definitiva de la Ordenanza reguladora de la instalación de terrazas de hostelería en la vía pública del Ayuntamiento de Oviedo, aprobada por el Ayuntamiento Pleno con fecha 28 de enero de 2015 (BOPA de 13 de febrero de 2015).

SEGUNDO.- La parte actora, con los hechos que deja establecidos y que se dan aquí por reproducidos, basa su demanda, en síntesis, argumentando sobre la regulación del principio de accesibilidad universal y de la entrada en vigor de la Ordenanza, así como la diferencia de trato del sector hostelero respecto de otros sectores de actividad en la aplicación de la Ordenanza, recogiendo los precedentes en el Ayuntamiento de Gijón, estimando vulnerada la Ley de Garantía de unidad de mercado y que la

Ordenanza tiene carácter arbitrario, por lo que solicita se dicte sentencia por la que se estime el presente recurso y se declare la nulidad, anulación o revocación del acuerdo de aprobación de la Ordenanza que nos ocupa, y subsidiariamente se dicte sentencia por la que sean declarados nulos, anulados o revocados los artículos 2.9, 8.1.2.f) de las condiciones generales de instalación y 21.2.m) de la citada Ordenanza.

TERCERO.- La Administración demandada, con los hechos que también establece en su demanda, argumenta, en esencia, sobre los límites jurisdiccionales en el conocimiento de las impugnaciones de disposiciones generales y la potestad reglamentaria municipal, así como que el expediente administrativo da sobrada cuenta de los motivos que justifican la normativa aplicada, así como el cumplimiento de las disposiciones en la materia, argumentando también sobre la impugnación, con carácter subsidiario, de los artículos 2.9, 8.1.2 apartado f) y 21.2.m) de la Ordenanza, por lo que solicita la desestimación del recurso, por estar los acuerdos municipales aquí impugnados dictados de conformidad con el Ordenamiento Jurídico, confirmando los mismos; lo que también interesan las partes codemandadas, ya que la Ordenanza es totalmente adecuada a la Constitución y las Leyes en general, dentro del marco de competencias de que dispone el Ayuntamiento de Oviedo, analizando el principio de accesibilidad universal y las soluciones de la Ordenanza, según deja argumentado.

CUARTO.- Con el anterior planteamiento procede, en primer lugar, resolver acerca de la falta de legitimación pasiva de los codemandados que alega la parte recurrente, y en tal sentido se ha de señalar que la personación según los correspondientes escritos de las partes demandas, y así han sido tenidos como parte sin impugnación alguna, no puede invalidarse por el hecho de que el número del recurso haya sido corregido a mano para el presente recurso, y así fue apreciado y tenidos por parte en la Diligencia de Ordenación de 1 de junio de 2015, no impugnada, a lo que se ha de añadir que la propia Administración demandada los ha tenido por parte en la vía administrativa, con lo que ello comporta, y cuando en ellos concurren los requisitos a que se refiere el artículo 21.1.b) de la LJCA para ser parte en el presente procedimiento.

QUINTO.- Sentado lo anterior y en la regulación del principio de accesibilidad que recogen las partes, se ha de partir, ante la impugnación de una disposición general, como es la Ordenanza Municipal cuestionada, que el control judicial ha de reducirse a un control de legalidad, que se plasma en atención a las previsiones constitucionales y del resto del Ordenamiento Jurídico, incluyendo los principios generales del Derecho, como viene reiterando la jurisprudencia y se recoge en la contestación a la demanda, y con ello la configuración legal de la potestad reglamentaria municipal como una potestad discrecional, al conferir un amplio margen de decisión acerca de la alternativa admisible que mejor convenga al interés público que se pretende satisfacer (artículo 4.1 de la LBRL), si bien dentro de los límites que el Ordenamiento Jurídico impone, pues como se recoge en la sentencia de este Tribunal de 1 de septiembre de 2015, al fundamento de derecho quinto: “Una vez lo anterior sentado y refiriéndonos ya al resto de las cuestiones suscitadas procede señalar que, tal y como se sostiene en el escrito de contestación, la potestad reglamentaria tiene naturaleza discrecional que, precisamente, goza de amplitud cuando, tal y como acontece con las Ordenanzas Municipales, nos encontramos ante reglamentos no ejecutivos en los que únicamente dicha potestad está obligada a respetar los límites previstos en la normativa estatal o autonómica y no recaer en arbitrariedad o desviación de poder o, incluso, en vulneración de los principios generales del derecho.

Pues bien, lo que sucede en el presente supuesto es que la recurrente considera que los arts. 26 y 30 deben ir más allá de lo previsto haciendo una regulación más exhaustiva de los supuestos que contemplan, más sin que en modo alguno se denuncie que su concreta redacción infrinja directamente algún precepto de la Ley 5/95, y el Decreto 37/2003 del Principado, y la Orden de Vivienda 561/2010; y siendo ello así y partiendo, tanto de la discrecionalidad material a que anteriormente nos hemos referido y de la cual goza la potestad reglamentaria municipal, así como de que en el art. 6 de la Ordenanza expresamente se dispone que las instalaciones reguladas quedarán, además, sujetas a la normativa de accesibilidad y supresión de barreras y que será plenamente exigible, aún cuando no se haga expresa referencia a las mismas, es claro que no cabe apreciar vulneración alguna por parte de la referida Ordenanza cuyas disposiciones en modo alguno contradicen lo dispuesto en la regulación estatal o autonómica sin

perjuicio de que, en caso de vulnerarse por alguna de dichas instalaciones o elementos, podría ser un hecho denunciante ante el servicio municipal correspondiente”.

SEXTO.- En el presente caso, no aprecia este Tribunal la vulneración de lo establecido en el RD Legislativo 1/13, de 29 de noviembre, o la demás normativa en que se fundamenta la demanda, pues partiendo del contenido de dicho R.D. Legislativo en cuanto a los conceptos que detalla, los principios que lo inspiran de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de normalización, de accesibilidad universal, de diseño y de transversalidad, junto a las medidas específicas para garantizarlos, y lo ordenado a las Administraciones Públicas en tal sentido, un análisis de la Ordenanza impugnada adoptando las correspondientes medidas para ordenar la utilización de los espacios públicos en pos de aquellos principios, no lleva a concluir que ello suponga cargas, sin más, desproporcionadas o irracionales, cuando, de entrada, se está en presencia de ocupación de vías públicas, con autorizaciones voluntarias y temporales, y cuando como en el caso la regulación se proyecta sobre las terrazas de hostelería en la vía pública, apoyada en los informes que obran en el expediente, y plenamente motivada en la decisión y regulación establecida.

SÉPTIMO.- No cabe, pues, apreciar discriminación respecto de otras actividades, ya que las autorizaciones de los usos de terrazas para hostelería son distintos de otros usos de comercio y en consecuencia justifica un tratamiento distinto, e incluso de actividades comerciales que utilicen terrazas pueden quedar sujetas a la Ordenanza según su artículo 2, como tampoco puede apreciarse trato discriminatorio por la exclusión de la utilización del espacio público en celebraciones ocasionales o festejos populares, dado su carácter ocasional y exigencia de cumplimiento de las condiciones que se les impongan, y como se recoge, en esencia, en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2014, no puede hablarse de discriminación cuando se trata de establecimientos sustancialmente diferentes, lo que justifica un trato distinto avalado por el interés general que aconseja adoptar un trato diferente, y el principio de proporcionalidad ha de proyectarse en una interpretación acorde con el interés público y acorde con las razones que demanda el interés general, lo que proyectado sobre la Ordenanza que nos ocupa pone de manifiesto que no se han vulnerado dichos

principios, pues su contenido no puede calificarse de desproporcionado o irrazonable, lo que frente a lo alegado en la demanda está plenamente motivado en el expediente, tanto en los distintos informes como en los emitidos a las alegaciones formuladas en el plazo de información pública, entre ellos de la Unión Hostelera del Principado de Asturias, conceptos de no discriminación, justificación y proporcionalidad que la citada sentencia del Tribunal Supremo ha fijado en los ámbitos como el que nos ocupa y que como se señaló no vulnera la Ordenanza impugnada, pues ello siempre ha de encuadrarse en el interés general y en la necesidad de una adecuación entre el fin perseguido por razones de interés público y los medios que se emplean para su consecución, y en el supuesto nada se ha acreditado que no se cumpla, no siendo suficiente las meras apreciaciones subjetivas en contra del carácter propio de estas regulaciones que persiguen ese interés general, que permite, sin que sea discriminatorio, distinguir entre instalaciones fijas y temporales dada la distinta utilización del espacio público en lugares y zonas distintas que justifican un tratamiento diferenciado, así como la dispensación fundamentada en las características e intereses, incluidas las turísticas, de determinadas zonas, plenamente justificado en el expediente con los distintos informes, y que afectarían al principio de accesibilidad y no a los hosteleros como tales.

Del mismo modo no cabe hablar de vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, Ley de Garantía de Unidad de Mercado, pues el principio de unidad de mercado no supone uniformidad en todos los lugares, sino en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y en las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica, artículo 1 de la Ley, y aquí no se ha acreditado la vulneración de esas condiciones básicas, sino diferencias que entran dentro de la discrecionalidad que asiste a la Administración en orden a las concretas circunstancias propias del espacio público e interés general que se pretende ordenar, cumpliendo los principio de garantía de establecimiento y libertad de circulación que recogen los artículo 3 y ss. y que aquí no se pueden apreciar vulnerados como ya se argumentó con anterioridad.

OCTAVO.- Subsidiariamente se impugnan en particular, y con argumentos, hemos de decir, que carecen de la concreción deseada, los artículos 2.9, 8.1.2.f) y

21.2.m). El artículo 2.9, bajo la rúbrica de “definiciones”, se refiere a que se entiende por mobiliario accesible, así como a las características de las mesas, elementos de asiento y reposa vasos, que en modo alguno vulneran el principio de accesibilidad universal, es decir, que sean utilizables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad, sin que ningún dato se aporte de que pueda calificarse de arbitrario o irracional o discriminatorio, dentro de la naturaleza discrecional y de la amplitud que proporciona a la Ordenanza para regular los aspectos de aquella accesibilidad y diseño oportuno, cuando por otro lado no se ofrecen alternativas que justifiquen una regulación más eficaz, siendo proporcionales al objetivo del interés general, respecto del que no existe un derecho adquirido a la utilización del dominio público para una explotación económica como la que nos ocupa, y menos aún a la forma en que debe llevarse a cabo, sin que la mera apreciación subjetiva de que se exigiese la accesibilidad a una parte y no al todo de la terraza, como sucede con los aparcamientos, teatros, etc., deba prevalecer sobre el interés general que se trata de conseguir con los principios antes expuestos y en los concretos espacios públicos que se tratan de ocupar, y estableciendo un periodo de entrada en vigor que atiende a que pueda haber tiempo razonable para su adaptación. Y lo mismo ocurre con el artículo 8.1 relativo a las “condiciones de ubicación”, regulando las condiciones generales de la ubicación e instalación, sin datos concretos de su impugnación y que algunos de ellos han sido justificados y razonados en el expediente al contestar a las alegaciones, sin que aquellos razonamientos hayan sido desvirtuados en esta instancia, y a lo que sería aplicable lo razonado en el punto anterior. El artículo 21.2.m) regula como infracción grave el incumplimiento de las normas de accesibilidad contenidas en la presente ordenanza, que como argumenta el Ayuntamiento demandado viene referido a las autorizadas, pues de no ser así la tipificación hay que buscarla en el artículo 21.2.d) o en el 21.3.b), y en el que no se aprecia vulneración de norma alguna del régimen sancionador y cuyas objeciones han sido objeto de respuesta en las alegaciones de la Asociación de hosteleros y que este Tribunal comparte.

En definitiva, respecto a los motivos impugnatorios que, subsidiariamente, se alegan hemos de señalar que ninguno de ellos resulta contradictorio con la “discrecionalidad” que en este ámbito se viene reconociendo a la potestad

reglamentaria municipal, tratándose de meras apreciaciones subjetivas e interesadas frente a las que se detallan y que en modo alguno pueden considerarse desproporcionadas ó irracionales sino más bien adecuadas a la finalidad de protección de las personas minusválidas o del resto de los habitantes de la localidad.

Finalmente cabe añadir que, respecto a las infracciones y sanciones que se establecen, por un lado, la exigencia de reserva de ley es muy flexible en el ámbito local con base al art. 140 CE (STC132/2001) y que, por otro, los tipos se adaptan al criterio de antijuricidad de los art. 139 y 140 referidos a la perturbación al ejercicio de los derechos legítimos de otras personas, ostentando el Ayuntamiento competencia para el establecimiento de los tipos infractores con el objetivo de preservar las relaciones de convivencia, la tranquilidad ciudadana y el pacífico ejercicio de sus derechos (STS de 23 de marzo de 2015); respetándose, asimismo, el art. 141 LBRL en cuanto al importe de las sanciones sin que, pese a lo que se diga, se aprecie en este aspecto, arbitrariedad alguna.

NOVENO.- Dadas las dudas que en derecho el supuesto puede plantear, no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas (artículo 139.1 de la LJCA).

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el presente recurso contencioso administrativo interpuesto en nombre de la Federación Española de Hostelería – FEHR, contra la Ordenanza reguladora de la instalación de terrazas de Hostelería en vía pública del Ayuntamiento de Oviedo (BOPA de 13 de febrero de 2015), que se confirma. Sin hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de DIEZ DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

