

SENTENCIA N.º 1/2020

En VITORIA - GASTEIZ, a dos de enero de dos mil veinte.

La Sra. D.^a CRISTINA RODRIGUEZ RUIZ, MAGISTRADA del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 298/2019 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: DECRETO DE 21 DE MARZO DE 2019 DE LA DIRECCION GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE Y ESPACIO PUBLICO DEL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ POR LA QUE SE INADMITE EL RECURSO PRESENTADO POR CONTRA LA RESOLUCION QUE DENIEGA LA MODIFICACION DE LICENCIA PAR A LA COLOCACION DE VELADORES. EXP -VELADORES.

Siendo partes, como demandante HOSTELERÍA DE SALBURUA S.L., representado por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio Beltrán Arteche y asistido por el Letrado D. Rafael Carvalho González, y como demandado AYUNTAMIENTO DE VITORIA GASTEIZ, representado y asistido del Letrado de sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de fecha 29 de mayo de 2019 por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio Beltrán Arteche en nombre y representación de HOSTELERÍA DE SALBURUA S.L. se interpone recurso frente a la resolución reseñada.

SEGUNDO.- Subsanados los defectos, por Decreto de 6 de junio de 2019 se admite a trámite, y, requerida la Administración para la aportación del expediente administrativo, fue recibido con fecha 1 de julio de 2019, tras lo cual se emplazó a la recurrente, quien presentó escrito de demanda con fecha 26 de julio de 2019.

TERCERO.- Presentado escrito de contestación con fecha 23 de septiembre de 2019, por Decreto de 10 de octubre de 2019 se fijó la cuantía del procedimiento, y por Auto de 21 de octubre de 2019 se acordó el recibimiento del pleito a prueba y se admiten las pruebas declaradas pertinentes.

CUARTO.- Interpuesto recurso de reposición contra la inadmisión de prueba, fue desestimado por Auto de 22 de noviembre de 2019.

QUINTO.- por Diligencia de Ordenación de 28 de noviembre de 2019 se declaró concluso el periodo de prueba, y presentados escritos de conclusiones con fechas 9 de diciembre de 2019 y 16 de diciembre de 2019, por Diligencia de Ordenación de 17 de diciembre de 2019 quedan los autos pendientes a los efectos del artículo 64.4 de la LJCA.

SEXTO.- Por providencia de 2 de enero de 2020 quedan los autos conclusos y vistos

para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el Decreto de 1 departamento de Medio Ambiente y Espacio Público del Ayuntamiento de Vitoria Gasteiz de 21 de marzo de 2019 y el de 4 de febrero de 2019.

Se solicita la nulidad de tal resolución y se declare el derecho a la autorización de la modificación solicitada de cerramiento temporal.

Fundamenta su pretensión en que se le exige garantizar un paso peatonal de 5 metros que no tiene encaje legal en la Ordenanza de aplicación; que la zona de veladores está situada en un espacio sin portales y en una zona peatonal de 18,50 metros de anchura, por lo que el paso para peatones y vehículos de emergencias está garantizado por la zona de detrás de los veladores.

A esta pretensión se opone el Ayuntamiento por entender que la Ordenanza Municipal exige un paso libre para peatones de 4 metros desde la fachada del edificio; que la instalación de terrazas y veladores es un acto de mera tolerancia por el Ayuntamiento de uso común especial y está sujeto al régimen de autorización a conceder por la Administración valorando el interés público y en el presente caso se ha respetado escrupulosamente el artículo 7 de la Ordenanza.

SEGUNDO.- El artículo 7 de la Ordenanza reguladora de Terrazas en Establecimientos Públicos de Hostelería de Vitoria publicada en el BOTHA de 21 de diciembre de 2012 dispone que "la instalación deberá garantizar un itinerario peatonal accesible, libre de obstáculos junto a fachada, con el fin de proteger la seguridad del viandante .

Añade el mismo artículo que "si por circunstancias excepcionales debidamente justificadas, fuera conveniente la ubicación de la terraza junto a fachada del establecimiento, se podrá autorizar, previo informe técnico correspondiente sobre el diseño y condiciones de la misma".

Y en lo que afecta al presente caso, añade el mismo artículo que "en áreas peatonales, los veladores estarán dispuestos de forma que dejen un itinerario peatonal accesible de 4 metros libre de obstáculos y permitan el paso de vehículos oficiales del servicio de prevención y extinción de incendios y salvamento, ambulancias y del servicio público de limpieza"

El recurrente solicita con fecha 17 de abril de 2018 la colocación de 16 unidades de velador de 1,8 x 1,8 metros, en dos líneas de 8 veladores cada una en la calle la Valletta entre las calles Sofia y Avenida de Praga, permitiendo un itinerario peatonal de 2,40 metros. (folio 31 del expediente administrativo).

Con fecha 4 de mayo de 2018 (Folio 64 del expediente) se le deniega tal solicitud por aplicarse la normativa para Grandes Sendas Urbanas (Avenida Zabalgana) que exige una línea de veladores y un itinerario peatonal de 5 metros junto a fachada.

Presentado recurso de reposición contra tal denegación, por Decreto de 4 de febrero de 2019 se acuerda desestimar el recurso confirmando la denegación de la modificación de la licencia en los términos solicitados, por incumplimiento de lo previsto en el artículo 7 de la Ordenanza.

A la vista de las alegaciones de la recurrente, no se discute que el paso que queda entre la línea de veladores y la fachada del edificio es inferior a 4 metros, solicitando que no se haga una interpretación restrictiva del artículo 7 de la Ordenanza, en atención a las especiales características de la calle La Valletta.

El ejercicio de una potestad discrecional supone que la Administración puede optar entre varias opciones igualmente válidas, escogiendo la que considere pertinente, sin incurrir en discrecionalidad, es decir, que en todo caso la decisión deberá estar motivada.

En el presente caso la Administración tiene como límites para permitir la colocación de veladores los impuestos por la propia Ordenanza, es decir, garantizar el paso de vehículos especiales y en todo caso deberá contarse con un informe técnico favorable.

El control jurisdiccional de los actos de la Administración en los que cabe un cierto componente de discrecionalidad se circunscribe al examen sobre si la decisión administrativa está suficientemente motivada, o si por lo contrario resulta arbitraria, de manera que no puede suplirse la decisión administrativa adoptada por otra favorable al recurrente si la resolución administrativa resulta admisible en Derecho.

Examinando las concretas características de la calle La Valletta se comprueba por no ser un hecho discutido que la vía tiene una anchura que permite un paso superior a los 4 metros por detrás de la línea de veladores, por lo que quizá la Administración podría conceder la modificación de licencia, como excepción a la literalidad de la norma, pero no se ha articulado prueba que acredite que tal espacio que queda libre resulta útil para el paso de vehículos de emergencia o incluso para peatones, al estar ocupado por jardín o cualquier otro obstáculo que impida el libre acceso a este tipo de servicios públicos.

Por otro lado, la decisión de excepcionar la norma conforme a la cual se debe dejar un espacio de 4 metros desde la fachada al velador exige un informe técnico previo favorable, que en este caso no existe.

Se alega por el recurrente que en otros supuestos se ha concedido la licencia, sin cumplir los 4 metros de distancia, y en condiciones menos favorables.

Sin embargo, como ya se ha dicho, el control judicial se limita a la motivación de la decisión administrativa, y siendo conforme a la Ley, no puede anularse salvo que se acredite la arbitrariedad, extremo que únicamente podría quedar acreditado si se hubiera concedido una licencia para colocar un velador en idénticos términos que los solicitados por el recurrente y para la misma vía, porque en otras calles las circunstancias pueden ser diferentes y por lo tanto no equiparables.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el recurso, confirmando la resolución administrativa impugnada en todos sus términos.

TERCERO.- Frente a la presente Sentencia cabe recurso en atención a la cuantía.

CUARTO.- El artículo 139 de la LJCA obliga a la imposición de costas al litigante que resulte vencido, salvo que el caso ofrezca serias dudas de hecho o de Derecho, que no concurren en el presente procedimiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, DESESTIMANDO el recurso interpuesto por HOSTELERÍA SALBURUA S.L., debo CONFIRMAR la resolución administrativa impugnada.

Con expresa condena en costas a HOSTELERÍA SALBURUA S.L.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 3837 0000 93 029819, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. MAGISTRADA que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

