

**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 34 de Madrid**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 6 - 28013

45029710

NIG: 28.079.00.3-2015/0018837



(01) 30767896425

Procedimiento Ordinario 404/2015

Demandante/s: [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

Demandado/s: AYUNTAMIENTO DE MAJADAHONDA

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

COM. PROPIETARIOS [REDACTED]

MAJADAHONDA

LETRADO D./Dña. [REDACTED]

SENTENCIA Nº 326/2016

En Madrid, a doce de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos por mí, Doña [REDACTED], Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 34 de Madrid, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 404/2015 en los que figura como parte demandante la entidad [REDACTED] S.L., representada por el Procurador Don [REDACTED] y bajo la dirección letrada de Doña [REDACTED] y como parte demandada el Ayuntamiento de Majadahonda, bajo la dirección letrada de sus servicios jurídicos, sobre URBANISMO- LICENCIA INSTALACIÓN TERRAZA.

Ha sido parte la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la Calle [REDACTED]º [REDACTED] de Majadahonda, representada y bajo la dirección letrada de Doña [REDACTED] e.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Don [REDACTED] en la representación indicada y por medio de escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Majadahonda ,de 26 de agosto de 2015, recaído en el expediente administrativo nº 167/3.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se solicitó a la Administración la remisión del oportuno expediente administrativo, del que se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda quien, mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2015, formalizó su demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando “dictar sentencia anulando o revocando las Resoluciones recurridas, tanto el Decreto de Alcaldía de fecha 26-8-2015, como la resolución 1303/2015,

de 23 de Junio en la que se deniega la solicitud de instalación de terraza anexa al establecimiento hostelero “██████████”, situado en la calle ██████████ de Majadahonda, por ser ambas contrarias a derecho, dejando las mismas sin efecto y estimar el presente recurso, declarando que procede la concesión de la licencia de apertura de la terraza a mi patrocinada.”

TERCERO.- Evacuado el oportuno traslado, la Administración demandada presentó escrito de contestación a la demanda formulada por la actora en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminó suplicando “dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente el recurso con expresa imposición de costas.”

Por la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la ██████████ de Majadahonda, bajo su representación procesal, se presentó escrito de contestación a la demanda formulada por la actora en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminó suplicando “dicte sentencia en la que desestime íntegramente el recurso, con expresa imposición de costas a la parte actora.”

CUARTO.- Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la interesada y declarada pertinente en los plazos prevenidos, y con el resultado obrante en autos.

QUINTO.- Solicitada la presentación de conclusiones por la parte demandante, el Juzgado acordó de conformidad con lo interesado, presentándose los escritos de conclusiones con el resultado obrante en autos, declarándose los mismos conclusos y quedando pendientes de dictar esta resolución.

SEXTO.- En la tramitación del presente juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso- administrativo contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Majadahonda, de 26 de agosto de 2015, recaído en el expediente administrativo nº 167/3, que desestima el recurso de reposición interpuesto por la entidad ██████████, contra la resolución 1303/2015, de 23 de junio, por la que se deniega su solicitud de instalación de terraza aneja al establecimiento hostelero ██████████ situado en la ██████████ de Majadahonda, ordenando a la recurrente la retirada y desmontaje inmediato de todos los elementos de terraza, y, naturalmente, esta última.

La parte recurrente afirma que es titular del negocio sito en la calle ██████████ de Majadahonda, destinado a hostelería, ejerciendo la actividad bajo el nombre comercial ██████████” y que cuenta con licencia de actividad y funcionamiento de fecha 9 de julio de 2013. Agrega que con fecha 12 de junio de 2015 solicitó al Ayuntamiento licencia para la apertura de una terraza anexa al local comercial que, dice, fue denegada por que era una zona verde pública ajardinada. Alega que, sin embargo, dicha zona debe calificarse como de terrizo. En todo caso, añade que el Ayuntamiento nunca ha plantado ni sembrado ni cuidado esa zona, que siempre ha estado cubierta de tierra y sin cuidar.

Por otro lado, alega vulneración del principio de igualdad. Dice que la zona libre enfrentada al local se encuentra en las mismas condiciones y situación que la que existe en frente del local [REDACTED], el cual, sí que cuenta con la oportuna licencia de instalación de terraza.

La Administración y la codemandada se opusieron a la demanda formulada de contrario por los motivos expuestos en la resolución recurrida. Afirman que la recurrente pretende instalar la terraza en un suelo público de titularidad municipal, zona verde pública, y que dicha zona se ha encontrado ajardinada, cubierta de césped, hasta el preciso momento en que la actora procedió en junio de 2015 a cubrir el césped natural con una lona de césped artificial. Añaden que el art. 3 punto 6 de la Ordenanza Reguladora de las Terrazas Accesorias a Establecimientos de Hostelería y Restauración de 28 de marzo de 2013 no permite la instalación de terrazas en zonas verdes, públicas o privadas, que no estén compactadas (terrizos o similares) o cuenten con pavimentos.

SEGUNDO.- Las terrazas instaladas que comprenden elementos de mobiliario urbano móviles o desmontables a un establecimiento principal coinciden con el concepto de “terrazas de veladores” sometidas al ámbito de aplicación de la Ordenanza Reguladora de las Terrazas Accesorias a Establecimientos de Hostelería y Restauración de 28 de marzo de 2013, cuyo artículo 1 precisa que *“1. Es objeto de la presente ordenanza la regulación de la instalación y funcionamiento de las terrazas accesorias de establecimientos abiertos al público de hostelería y restauración.*

2. Se entiende por terraza la instalación ubicada en espacios de titularidad pública o privada, al aire libre o en lugares cerrados (centros comerciales), formada por mesas y sillas, acompañadas en su caso por elementos auxiliares.”

Pues bien, el artículo 8 de la Ordenanza señala que *“1. La instalación y el funcionamiento de las terrazas están sujetos a autorización municipal que se otorgará por el Ayuntamiento de acuerdo con el procedimiento establecido en la Sección 2ª de este Capítulo.”* Es decir, partiendo de la premisa de que las terrazas no constituyen un uso urbanístico distinto o separado del uso del establecimiento principal, que sí debe contar con la correspondiente licencia de actividad y funcionamiento, teniendo por tanto un carácter puramente accesorio, no pudiendo existir de forma independiente o aislada de los mismos, la instalación de la terraza requiere como título jurídico habilitante la previa concesión de autorización administrativa fundamentándose en la mera tolerancia de la Administración, que permite instalar en vía pública una terraza desmontable. Se trata de una autorización administrativa especial discrecional, con fundamento en el artículo 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, correspondiendo a la Administración la valoración del interés público existente, y más concretamente a los aspectos relativos a la seguridad, la no perturbación del medio ambiente, o los aspectos de la estética urbana y someterla a condiciones determinadas de manera que el incumplimiento de las mismas tendrá como consecuencia su revocación en los términos del artículo 16 del RSCL.

Es más, el artículo 92 de la Ley 33/03, de 3 de Noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone que:

“1. Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por

no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen.

2. No serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión.

3. Las autorizaciones habrán de otorgarse por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, será de cuatro años.

4. Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.”

Como señala el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, en Sentencia 520/2014, de 4 de junio de 2014, (Rec. 1616/2012) “(...) *El transcrito precepto es una consecuencia ineludible del carácter de uso común especial del dominio público, de acuerdo con el art. 75 RBCL aprobado por RD 1.372/86 de 13 de Junio que expresamente determina que "En la utilización de los bienes de dominio público se considerará:*

1º) Uso común, el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará:

a) General, cuando no concurran circunstancias singulares.

b) Especial, si concurrieran circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante.

2º) Uso privativo, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados.

3º) Uso normal, el que fuere conforme con el destino principal del dominio público a que afecte.

4º) Uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino.

De acuerdo con una antigua y consolidada Jurisprudencia de T.S. seguida reiteradamente por ésta Sección 2ª TSJM el uso especial debe ser concedido mediante licencia o autorización, y es además revocable por razones de interés público y en general sin derecho a indemnización, pues en sentido estricto no es más que un acto unilateral de tolerancia por parte de la Administración, mientras el uso privativo debe ser objeto de concesión administrativa de la que nacen verdaderos derechos subjetivos para el concesionario, que en caso de revocación harán surgir el correspondiente derecho de resarcimiento de daños y perjuicios. Por lo que se refiere al tratamiento jurisprudencial del tema, la STS 22-02-1999 establece que "...En la praxis jurisprudencial, el criterio utilizado para distinguir el uso privativo del especial es determinar si existe evidencia de una cierta fijeza y solidez en la instalación y una vocación de permanencia que supongan una "ocupación", o una prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública de que se trate, lo que suele llevar consigo, en alguna forma, la transformación física de la dependencia demanial con la consecuente exclusión en ésta de otro uso distinto del privativo." Señala asimismo que "la instalación en la vía pública de terraza, quiosco, marquesina etc" es subsumible en la autorización que corresponde a un uso común especial del dominio público (art. 61 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1955), y que tal autorización, conforme a los citados artículos 12.1 y 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955 se otorga sin perjuicio de tercero..."

TERCERO.- Dicho esto, no se discute y consta en autos, que la entidad recurrente solicitó con fecha 12 de junio de 2015 licencia para la instalación de una terraza anexa a su establecimiento hostelero sito en la calle [REDACTED] de Majadahonda. En concreto, pretende instalar dicha terraza en una zona situada justo en frente del local con una superficie a ocupar de 31 m², entre la fachada del edificio sito en el [REDACTED] de la Calle [REDACTED] y la acera de la misma calle.

Tal zona, según informes técnicos de los servicios municipales, es una zona verde pública, y según el artículo 3.6 de la Ordenanza “6. *No se permite la instalación de terrazas sobre zonas verdes, públicas o privadas, que no estén compactadas (terrizos o similares) o cuenten con pavimentos...*” Por ello, la Resolución originaria, aquí también impugnada, denegó la solicitud de licencia para la instalación de terraza.

A partir de aquí, la recurrente se alza frente a la decisión del Ayuntamiento, en síntesis, por dos motivos: primero, porque la zona en cuestión es una zona compacta que debe considerarse como terrizo y que, además, carece de conservación y mantenimiento. Segundo, porque el Ayuntamiento ha permitido la instalación de una terraza en una zona idéntica a la aquí controvertida, respecto de otro establecimiento hostelero.

Ninguno de los dos motivos de impugnación puede prosperar.

Primero, porque no cabe duda de que la zona aquí litigiosa tiene la consideración de zona verde pública. Como bien expone la representación municipal, el desarrollo urbanístico del área en cuestión se gestionó por el sistema de cooperación, como recoge el Plan Parcial de la mencionada Supermanzana; la zona verde de uso público es propiedad del Ayuntamiento de Majadahonda; y la conservación y mantenimiento de esa zona se ha venido desarrollando, por virtud de dicho instrumento de planeamiento urbanístico, por parte de la Comunidad de Propietarios bajo la supervisión y control de los Servicios Municipales. Así resulta de la certificación del Registro de la Propiedad nº2 de Majadahonda –documento nº 3 de la contestación de la Comunidad de Propietarios-, y del propio Plan Parcial de la Supermanzana E2-15 Zona III de Majadahonda –documento nº 2 de la contestación de la Comunidad de Propietarios. En concreto, el punto 5.02, respecto de la zona verde pública, precisa que “*Se distribuye en anillo, bordeando el perímetro de la supermanzana, y además de servir de faja de protección ante la red viaria, se puede así garantizar su funcionamiento y cuidado por la propia comunidad de la supermanzana...*”

Por tanto, siendo una zona verde pública, para que pueda instalarse la terraza es preciso que esa zona esté compactada –con terrizo o similares- o cuente con pavimento. Y, al respecto, no consta que concurra ninguna de esas dos circunstancias. Desde luego dicha zona no cuenta con pavimento –hecho que tampoco se discute. Y, tampoco consta que estuviera compactada con terrizo. Nada consta en tal sentido. Las fotografías aportadas por la recurrente sólo muestran el terreno cubierto con césped artificial –lona de césped que fue precisamente colocada por la recurrente- pero no cuál era el estado anterior a su colocación. Y, por otro lado, en cuanto al informe obrante al expediente administrativo –folios 20 a 23 E.A.- carece de eficacia probatoria. Porque se limita a transcribir unas definiciones y/o consideraciones a fin de calificar el terreno pero en modo alguno hace un estudio de su estado. No obstante, en dicho informe se recoge una afirmación que debe aquí resaltarse. Se dice “*todo el terreno es pradera de césped en desigual estado con zonas muy deterioradas.*” Por el contrario, pese a los esfuerzos de la recurrente, vistas las fotografías y demás informes

y documentos, debe afirmarse que toda la zona en cuestión estaba cubierta de césped. Es más, la propia recurrente reconoce que el terreno contaba con césped natural. El problema –dices que se había levantado. Aunque, según las testificales practicadas fue precisamente la recurrente quien levantó y quemó el césped natural al instalar la lona de césped artificial. En cualquier caso, los distintos informes técnicos obrantes en autos – de fecha 8 de junio de 2015 y 28 de enero de 2016- concluyen que la zona estaba cubierta de césped y que se trataba de una zona ajardinada. Y así resulta de las propias fotografías aportadas. En ellas se aprecia claramente como el resto de franjas –a excepción de la aquí discutida y de la existente enfrente de la taberna El Retoque- están cubiertas de césped- siendo extraño que unas franjas tengan césped natural y otras no. Pero, es más, en la fotografía que refleja el estado de la terraza de la recurrente cubierta con la lona de césped artificial –aportadas por la recurrente- se observa como en una de sus esquinas hay un árbol, sin alcorque, y alrededor de sus ramas hay una plancha de césped natural. Pues bien, resulta lógico pensar que el resto del terreno estuviera en las mismas condiciones, siendo difícil de imaginar que sólo se hubiera plantado ese cuadrado de césped natural y el resto dejado como suelo terrizo. A lo que debe añadirse que la Ordenanza no distingue si el césped está bien cuidado o no. Siendo, por tanto, indiferente cuál fuera su estado de conservación. Porque lo importante es que esa zona estaba cubierta por planchas de césped natural. Hecho –que se trataba de zona verde ajardinada- que ni siquiera fue discutido por la propia recurrente cuando, con fecha 24 de julio de 2013 ya le fue denegada otra solicitud igual y en idénticos términos a los aquí discutidos: porque se trataba de una zona verde pública ajardinada. Sin que la recurrente mostrara objeción alguna, aceptando, por tanto, implícitamente que se trataba de una zona ajardinada.

Todo ello, permite concluir que el terreno en dónde la recurrente pretende instalar la terraza anexa a su establecimiento es una zona verde pública, que no está compactada con terrizo, ni cuenta con pavimento. Y, según el art. 3.6 de la Ordenanza en dichas zonas no se pueden instalar terrazas. Por tanto, la actuación municipal no merece reproche jurídico alguno.

CUARTO.- Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración del principio de igualdad, baste decir que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno. El ejercicio del derecho de igualdad solo puede ser ejercitado en el cumplimiento de la legalidad. Circunstancia que en el presente caso no concurre. Es más, no sólo no procede la aplicación del principio de igualdad dentro de la ilegalidad, sino que, en cualquier caso, tampoco estaría demostrada esa absoluta igualdad, identidad y exactitud de los casos alegados por la recurrente con el presente -no bastando la simple aportación de unas fotografías. Es más, parece ser que esa otra terraza que dice la recurrente está instalada en las mismas condiciones que la que ella pretende, es una terraza antigua instalada hace años, mucho antes de la entrada en vigor de la Ordenanza aquí aplicable. A lo que debe añadirse que, aun cuando se diera esa igualdad de casos, el hecho de que el Ayuntamiento de Majadahonda hubiera podido resolver contra Derecho tal caso idéntico no permite exigir que se haga lo mismo con éste. Lo que debe conducir a desestimar este motivo de impugnación.

En conclusión, la Administración ha actuado conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, resultando además que la resolución impugnada está suficientemente motivada y fundamentada en base a los informes que no han sido desvirtuados por la parte actora.

Procede, en consecuencia, desestimar el presente recurso contencioso- administrativo.

QUINTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, dada la desestimación de la demanda, procede imponer las costas causadas a la parte recurrente. En el ejercicio de la facultad conferida por el propio artículo 139.3 LJCA, se limita la imposición de costas a la cifra máxima de 1200 euros por todos los conceptos y que la recurrente deberá abonar por mitad, a razón de 600 euros, a cada una de las partes, demandada y codemandada.

Vistos los artículos anteriores y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Unión [REDACTED] representada por el Procurador Don [REDACTED], contra los actos administrativos identificados en el fundamento de derecho primero de la presente resolución.

Con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte recurrente en los términos expuestos en el fundamento de derecho correlativo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de QUINCE DIAS a contar desde el siguiente a su notificación, advirtiéndoles que deberá constituir depósito de 50 euros.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y de no encontrarse dentro de los supuestos de exención indicados en el artículo 4 del mismo texto legal, deberá presentar el justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial 696 recogido en la "Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación", debidamente validado, bajo apercibimiento de no dar curso al escrito de interposición del recurso hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras este requerimiento, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

Expídanse por el Secretario Judicial las copias y testimonios precisos de esta resolución, y llévase el original de la misma al legajo especial de Sentencias que, de conformidad con el artículo 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en este Juzgado se custodia, dejando testimonio fiel de esta en los autos originales.

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

EL MAGISTRADO - JUEZ