



Roj: **STSJ CAT 10097/2021 - ECLI:ES:TSJCAT:2021:10097**

Id Cendoj: **08019330032021100711**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **22/07/2021**

Nº de Recurso: **245/2018**

Nº de Resolución: **3545/2021**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **FRANCISCO LOPEZ VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 10097/2021,**

**ATS 5204/2022,**

**STS 4553/2022**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Tercera

Recurso ordinario número 245/2018

Partes: FUNDACIÓ PRIVADA ECOM contra el Ayuntamiento de Barcelona, el "GREMI DE RESTAURACIÓ DE BARCELONA" y la "ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DISTRIBUIDORES DE BUTÀ"

### **SENTENCIA Nº 3.545**

#### **Ilmos/a. Sres/a. Magistrados/a**

Manuel Táboas Bentanachs (preside)

Francisco López Vázquez

Laura Mestres Estruch

En la ciudad de Barcelona, a veintidós de julio de dos mil veintiuno.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey, el recurso contencioso administrativo seguido ante la misma con el número de referencia, promovido a instancia de la FUNDACIÓ PRIVADA ECOM, representada por el procurador de los tribunales Sr. Teorrello Campaña y defendida por la letrada Sra. González de Paoli, contra el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el procurador Sr. Sanz López y defendido por la letrada Sra. Sunyer Martín, siendo partes codemandadas el "GREMI DE RESTAURACIÓ DE BARCELONA", representado por el procurador Sr. Acín Biota y defendido por la letrada Srta. De Quintana Sáez y la "ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DISTRIBUIDORAS DE BUTÀ", representada por procurador y defendida por letrado, en relación con actuaciones en materia de **disposiciones generales**, siendo la cuantía del recurso indeterminada, y atendiendo a los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por la representación procesal de la parte actora se interpuso el presente recurso contencioso administrativo y, una vez recibido el expediente administrativo, le fue entregado para que dedujese escrito de demanda, donde, tras consignar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, solicitó se dictase sentencia estimatoria de las pretensiones en ella deducidas.



**SEGUNDO.** Conferido traslado a las partes demandadas, contestaron la demanda (salvo la distribuidora de butano), consignando los hechos y fundamentos de derecho que entendieron aplicables, solicitando la desestimación de las pretensiones de la parte actora.

**TERCERO.** Recibidos los autos a prueba, fueron practicadas las consideradas pertinentes de entre las propuestas, con el resultado que es de ver en autos, continuando el proceso sus trámites, hasta finalizar con el de conclusiones, donde las partes, salvo la distribuidora, presentaron sucintas alegaciones en defensa de sus pretensiones respectivas, quedando el pleito concluso para sentencia y señalándose finalmente el momento de la votación y fallo, que ha tenido lugar el día 5 de julio de 2.021.

**CUARTO.** En la sustanciación del proceso se han seguido las prescripciones legales, salvo las referidas a los plazos, ante la importante carga de trabajo que pende ante esta sección. Es ponente el Ilmo. Sr. López Vázquez, quien expresa el parecer del tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Tiene este recurso contencioso administrativo por objeto la impugnación del acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 29 de junio de 2.018, aprobando definitivamente la modificación de la Ordenanza municipal de terrazas (BOP 12-7-18), cuya declaración de nulidad se interesa en la demanda por variadas razones o, subsidiariamente, la de determinados artículos de la misma.

**SEGUNDO.** Propone la actora en primer lugar la nulidad de la ordenanza por vulneración del procedimiento establecido para su aprobación, pues se habría prescindido de lo establecido en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con su artículo 47.1.a) y e), por haberse aprobado el texto normativo en diciembre de 2017, antes de finalizar el proceso de participación previo. Considera vulnerado el derecho de acceso establecido en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en concreto los establecido en los artículos 16.1.b y c y 18.

Con independencia de su declaración parcial de inconstitucionalidad (que vino referida más a las competencias de la administración autonómica que de la local), consta en el expediente que se cumplió lo establecido en el indicado artículo 133.1, pues fue sometido a una consulta pública en el portal *web* municipal, recabándose la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la norma, presentado varias de ellas sus opiniones y aportaciones, además de haberse seguido con posterioridad un trámite de información pública general, resultando indiferente que el gobierno municipal y el gremio de restauradores de Barcelona (que ha comparecido en estos autos como parte codemandada, en apoyo de la posición municipal), hubieran anunciado el inicio de un proceso para consensuar la futura modificación de la ordenanza, o que su texto ya existiese al momento de la consulta pública. Pues en realidad lo aprobado en diciembre de 2017 fue una propuesta de iniciativa normativa de modificación de la ordenanza, cuya aprobación inicial se produjo el 2 de febrero de 2.018.

Por lo demás, sin perjuicio de hallarnos en presencia no de un acto administrativo a que se refiere el apartado 1 del citado artículo 47, sino de una disposición de carácter general a que se refiere su apartado 2, en lo referido a una eventual falta de participación ciudadana en general, en el caso inexistente, viene declarando esta sala que el fomento de los derechos de iniciativa, información y participación de los ciudadanos en esta clase de procesos constituyen exigencias de una mera manifestación de la actividad de instrucción consistente en aportar datos al expediente, representativa de simples actos preparatorios dirigidos a lograr la efectiva actuación de la remisión de la técnica ordenadora en que descansa todo el sistema legal, para fijar de forma indubitada las competencias y plazos en que deben formularse las actuaciones de que se trate por los organismos competentes para ello, sin conferir a los intervinientes facultades diferentes a la de una mera información o encuesta previa, que podrá materializarse cuando, en la elaboración de la norma, se llegue a su definitiva aprobación, que es el acto administrativo que puede ser objeto de una impugnación formal y material. Pues, sin desconocer la relevancia de los indicados trámites desde la perspectiva de garantizar y potenciar la participación ciudadana en la materia, y lejos de automatismos contrarios a la debida ponderación del caso, debe recordarse que la doctrina jurisprudencial dista de ser tan tajante como la apelante pretende, en el caso en ejecución de unas actuaciones también sometidas en su momento a información pública, y respecto de las cuales la actora ha podido en este proceso oponer cuantas cuestiones ha considerado oportunas.

**TERCERO.** En lo referido a la denunciada falta de informe económico del artículo 110 del Reglamento orgánico municipal, en el que se detallen las repercusiones económicas que conllevará la aplicación de la ordenanza y si se cumplirá con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, se ha de notar que la modificación de la ordenanza de autos no implica ningún coste para el ayuntamiento, y otra cosa es



que, por consecuencia de ella, se hayan de cobrar ciertas tasas por ocupación del dominio público mediante las terrazas, lo que no comporta gasto presupuestario alguno, mientras que los ingresos derivados de las indicadas tasas deberán ser objeto de otra ordenanza diferente.

Ello sin perjuicio de que, en cumplimiento del artículo 129.7 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y del 64 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, se redactase la memoria de evaluación del impacto normativo del proyecto de modificación de la ordenanza, del Institut del Paisatge Urbà i la Qualitat de Vida de 20 de diciembre de 2.017, donde se valoró tanto el impacto presupuestario como el económico y social, entre otros. O el informe de la Agencia de energía de Barcelona, sobre las "Emisiones producidas por las estufas de terrazas de restauración y estudio de impacto económico", de 16 de mayo de 2.017, que contiene y valora también aspectos afectantes al impacto económico del caso.

**CUARTO.** Sobre la referencia contenida en la demanda a la normativa ambiental vinculada al proceso participativo, se ha de observar que una cosa es el título que permite ocupar las terrazas y otra diferente la licencia o autorización de la actividad que ha de otorgarse y que es donde debe valorarse el componente medioambiental que en cada caso corresponda, que no puede venir referido al mero título de ocupación de unos metros cuadrados de suelo. No de otro modo, el objeto de la ordenanza de autos es exclusivamente el de establecer el régimen jurídico aplicable a la instalación y el funcionamiento de las terrazas en los espacios libres de uso público de la ciudad y regular la intervención administrativa en este ámbito ( artículo 1). Se trata, así, de una normativa que regula el uso especial de los bienes de dominio público, materia no incluida en la Ley 27/2006 que invoca la actora. Ello sin perjuicio del proceso participativo seguido en el caso y ya antes comentado.

En cuanto a la pretendida nulidad de la ordenanza por vulneración de la normativa sectorial sobre accesibilidad, sin perjuicio de la falta absoluta de actividad probatoria desarrollada al respecto por la actora y de lo que luego se dirá sobre cada artículo concreto cuya anulación se pretende, la modificación de autos contiene preceptos, como el artículo 10.1, donde impone un estricto respeto a la normativa sectorial correspondiente a la hora de garantizar que el espacio ocupado con terrazas respete el espacio libre necesario para garantizar la accesibilidad universal y la seguridad.

**QUINTO.** Pasando a los diversos artículos de la ordenanza cuya nulidad se postula, el artículo 9.2 dispone lo siguiente:

"2. Si hay diferentes establecimientos confrontados y la longitud de ambos espacios ocupados de forma continua por las terrazas medido en paralelo a la fachada supera los 10,00 metros, las terrazas deberán mantener entre ellas una separación útil mínima de 1,80 metros, salvo que la licencia contenga disposiciones diferentes".

Cuestiona la actora el último inciso del precepto, considerando que bajo ningún concepto una licencia municipal puede contener "disposiciones diferentes" a lo establecido en el artículo 5 de la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados, que determina la distancia mínima de 1,80 metros de todo itinerario peatonal accesible.

Artículo que, en su apartado 6 dispone que, excepcionalmente, en las zonas urbanas consolidadas, y en las condiciones previstas por la normativa autonómica, se permitirán estrechamientos puntuales, siempre que la anchura libre de paso resultante no sea inferior a 1,50 metros.

Cierto que es la normativa autonómica la competente para designar dónde se permitirán esos estrechamientos puntuales en zonas urbanas consolidadas, pero el precepto de la ordenanza, cuando se refiere a las disposiciones diferentes que pueda contener la licencia, ni está refiriéndose a separaciones necesariamente inferiores a 1,80 metros, ni está autorizando por razones excepcionales separaciones menores a tal distancia. Ello sin perjuicio de los recursos que correspondan en su caso frente a cada licencia o autorización particular que pudiera concederse, de ocupación o de actividad.

**SEXTO.** El artículo 10 de la ordenanza, relativo a las distancias mínimas a los elementos urbanos y edificios, dispone que el espacio ocupado por las terrazas ha de respetar el espacio libre necesario para garantizar la accesibilidad y la seguridad, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, a cuyos efectos y a los del 10.2, el anexo 1 contiene las distancias "orientativas", que el servicio técnico competente podrá ajustar justificadamente, teniendo en cuenta las particularidades de la ubicación solicitada en cada caso concreto.

Entiende la actora que las distancias no pueden ser orientativas, sino que han de ser mínimas y obligatorias pero, sin perjuicio de lo dicho en el anterior fundamento jurídico, y de los recursos procedentes contra cualquier autorización o licencia futura y concreta, de ocupación o de actividad, no parece que tal disposición suponga una vulneración de la citada Orden VIV/561/2010, más cuando, como se ha visto, en su apartado 1 impone un

estricto respeto a la normativa sectorial correspondiente a la hora de garantizar que el espacio ocupado con terrazas respete el espacio libre necesario para garantizar la accesibilidad universal y la seguridad.

**SÉPTIMO.** El apartado 4 del artículo 10 dispone:

"4. Corresponderá a la Ponencia Técnica de Terrazas la elaboración de los criterios interpretativos, las circulares o las instrucciones que resulten pertinentes y coordinar la actuación de los distritos con la voluntad de garantizar el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad universal y de seguridad. Se dará conocimiento a la Comisión Técnica de Terrazas".

Se ha de dar en este punto la razón a la actora cuando señala que se atribuyen competencias a la Ponencia Técnica de Terrazas para elaborar criterios interpretativos, cuando a tal organismo, carente de capacidad reglamentaria alguna, no cabe atribuirle por ello mismo funciones interpretativas de la ordenanza o de elaboración a tal fin de circulares o instrucciones interpretativas, por lo que el indicado precepto deberá ser anulado.

**OCTAVO.** El último inciso del apartado 2 del artículo 11 es del siguiente tenor:

"2. En calles de acera diferenciada, se mantendrá un espacio libre de paso, preferentemente entre la fachada y la terraza, que de forma orientativa es del 50% de la anchura total de la acera. Justificadamente se puede adoptar otra distribución del espacio libre, manteniendo libre entre el 40 y el 60%. Para modificar los porcentajes mencionados, hará falta informe favorable de la Ponencia Técnica de Terrazas"

Sin que en la demanda se cuestione la intervención que en este precepto se otorga a la indicada ponencia técnica, hemos de remitirnos de nuevo a los dictados del artículo 10.1 de la ordenanza, sobre el debido respecto de esta en todo caso a las disposiciones de la normativa sectorial correspondiente.

**NOVENO.** El apartado 3 del artículo 11 dispone:

"3. Excepcionalmente, las terrazas se pueden situar adosadas a la fachada cuando razones técnicas determinen la imposibilidad de situarlas en la zona exterior de la acera y también en aquellos casos en que las características del vial lo impongan, cuando resulte una distancia más amplia para el paso de los peatones o cuando de este modo la terraza se integre mejor en el entorno. La disposición de terrazas adosadas a la fachada, la cual tiene que estar fundamentada, requiere, en todo caso, de un informe favorable de la Ponencia Técnica de Terrazas y de un informe favorable del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad y que se adopten las medidas oportunas para garantizar el itinerario de peatones accesible, las cuales se tienen que fijar en la licencia correspondiente, y su coste lo tiene que asumir el titular de la licencia".

Tampoco cuestionada la intervención de la ponencia, este artículo no vulnera el 5.2, apartados a) y b) de la Orden VIV/561/2010, donde se establece que todo itinerario peatonal accesible deberá discurrir siempre de manera colindante o adyacente a la línea de fachada o elemento horizontal que materialice físicamente el límite edificado a nivel del suelo y que en todo su desarrollo poseerá una anchura libre de paso no inferior a 1,80 m, que garantice el giro, cruce y cambio de dirección de las personas independientemente de sus características o modo de desplazamiento. Menos aún cuando en su apartado 1 se dispone que la ubicación de las terrazas ha de respetar el itinerario de viandantes accesible, "en los términos establecidos en la normativa vigente aplicable de accesibilidad". Disponiendo el apartado 2, en las calles de acera diferenciada, el mantenimiento de un espacio libre de paso, preferentemente entre la fachada y la terraza, que de forma orientativa es del 50%.

En cualquier caso, las expresiones "colindante o adyacente" permiten acudir a la excepción establecida en el precepto, debidamente fundamentada y siempre guardando las anchuras libres de paso a que el mismo y la normativa de accesibilidad se refiere, siempre a salvo, como se dice, de posibles recursos frente a licencias o autorizaciones concretas.

**DÉCIMO.** El artículo 12 de la ordenanza establece:

"En calles de plataforma única se tiene que respetar el itinerario de peatones accesible así como el paso de vehículos de emergencias. En los casos donde la configuración de la urbanización condicione los pasos, se pueden adoptar soluciones alternativas, previo informe favorable de la Ponencia Técnica de Terrazas".

No se observa, por similares razones a las ya antes expuestas, vulneración de la tan citada Orden VIV, que ni siquiera se concreta en la demanda, cuando el precepto de que se trata, como se ha reiterado, impone en todo caso el respeto del itinerario de peatones accesible así como el paso de vehículos de emergencias

Otro tanto cabe decir del artículo 15.1 de la ordenanza, en cuanto dispone que las terrazas que se pueden autorizar en las ramblas y paseos no pueden ocupar más del 50% de su anchura.



**UNDÉCIMO.** Sin que el artículo 29 de la ordenanza de autos haya sido objeto de modificación alguna ni pueda, en consecuencia, ser atacado en este proceso, la disposición transitoria séptima establece lo siguiente:

"Disposición transitoria séptima. Los establecimientos incluidos dentro del catálogo de patrimonio arquitectónico, histórico-artístico y paisajístico de establecimientos emblemáticos de la ciudad de Barcelona que dispongan de terraza quedan exceptuados del cumplimiento del artículo 29.1 y 29.3 de esta ordenanza mientras no realicen cambios sustanciales en el interior del establecimiento.

A los efectos de este artículo se entiende por cambios sustanciales cuando se lleven a cabo obras mayores, o la modificación de la actividad autorizada que tenga repercusiones perjudiciales o importantes en la seguridad, la salud y el medio ambiente y/o impliquen un cambio del código en el que haya sido clasificada la actividad siguiendo lo establecido en la Ordenanza municipal de actividades de intervención integral de la administración. Ello se ha de entender sin perjuicio de las obligaciones establecidas por la normativa superior".

En relación con tal disposición, los citados apartados 1 y 3 del artículo 21 de la ordenanza imponen a los establecimientos de restauración o asimilados el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad correspondientes y el disponer de los servicios sanitarios en la proporción y las condiciones mínimas establecidas en el anexo V de la Ordenanza municipal de las actividades y establecimientos de concurrencia pública de 11 de abril de 2.003, servicios sanitarios y de gestión que deben ser los que correspondan al aforo del establecimiento más el de la terraza.

Sostiene la actora que aquella disposición transitoria séptima contraviene la normativa de accesibilidad y excede de la capacidad normativa municipal, pero se ha de notar que tal disposición trata de salvaguardar los edificios emblemáticos, en tanto no se realicen en ellos las modificaciones a que se refiere su segundo párrafo, por lo que no excluye completamente su adaptación, también prevista en la normativa de accesibilidad de superior rango, a la que precisa y expresamente se remite este segundo párrafo.

En cuanto a la posibilidad a que se refiere la disposición final primera de que la Comisión de Gobierno, mediante decreto, pueda modificar las distancias orientativas que se contienen en el anexo I, ya se ha visto que el régimen de distancias contemplado en otros artículos de la ordenanza antes ya tratados, particularmente el 10, deja a salvo en todo caso el debido cumplimiento de la normativa superior.

**DUODÉCIMO.** Finalmente, por lo que toca a la genéricamente denunciada vulneración de la normativa sobre energías renovables, eficiencia energética, medio ambiente, calidad del aire, protección de la salud y medio ambiente, de la integridad física e intimidad, así como de la normativa sobre cambio climático, contaminación acústica y salud de las personas, indiscutible el carácter eminentemente técnico de estas cuestiones, es lo cierto que la parte actora no ha planteado, respecto de ellas, como tampoco respecto de cualquiera otra de las precedentemente tratadas, ninguna prueba sustancial, singularmente de carácter pericial contradictorio, tendente a desvirtuar la presunción *iuris tantum* de veracidad y acierto que, como es sabido, asiste a las actuaciones administrativas y a los diversos y variados informes recabados en el expediente con carácter previo a la aprobación de la ordenanza que se impugna. En consecuencia, no cabe apreciar vulneración alguna por su parte de la tan variada normativa a que genéricamente se alude.

**DECIMOTERCERO.** Visto el artículo 139.1 de la ley jurisdiccional y la estimación meramente parcial de las pretensiones de la actora, no procede imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación, resolviendo dentro de las pretensiones de las partes y de los motivos del recurso y la oposición, atendido el resultado de la prueba obrante en autos

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS EN PARTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto en nombre y representación de la FUNDACIÓ PRIVADA ECOM contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 29 de junio de 2.018, aprobando definitivamente la modificación de la Ordenanza municipal de terrazas, y **DECLARAMOS LA NULIDAD** del apartado 4 de su artículo 10, del siguiente tenor literal:

"4. Corresponderá a la Ponencia Técnica de Terrazas la elaboración de los criterios interpretativos, las circulares o las instrucciones que resulten pertinentes y coordinar la actuación de los distritos con la voluntad de garantizar el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad universal y de seguridad. Se dará conocimiento a la Comisión Técnica de Terrazas".

**DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto en lo demás. Sin imposición de costas.

*Firme que sea esta sentencia procedase a su publicación por la administración demandada en los mismos periódicos oficiales donde en su momento se publicó la ordenanza impugnada.*





Notifíquese esta sentencia a las partes haciendo saber que no es firme, pudiendo interponerse contra ella, en su caso, recurso de casación, preparándolo ante esta misma sala y sección, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo previsto en su artículo 89.1.

Adviértase de que en el Boletín Oficial del Estado nº 162, de 6 de julio de 2.016, aparece publicado el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2.016 sobre extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. magistrado ponente, hallándose constituido en audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ