



Expte. Nº 384 / mun/18

Solicitante: Ayuntamiento de El Viso del Alcor

Letrado o Técnico encargado: Manuel García Romero

ASUNTO: Informe jurídico sobre Ordenanzas Reguladoras del Uso y ocupación de bienes pertenecientes al dominio público con terrazas vinculadas a establecimientos de hostelería

INFORME JURÍDICO

Antecedentes

PRIMERO. Con fecha 26 de octubre de 2018 tiene entrada en el Servicio Jurídico Provincial solicitud de informe con el nº 71947 en relación con el borrador de ordenanza reguladora del uso y ocupación de bienes pertenecientes al dominio público municipal con terrazas vinculadas a establecimientos de hostelería.

SEGUNDO. Ante lo genérico de la solicitud y los múltiples campos que pudiera abarcar el informe se requiere por este Servicio mayor precisión, remitiéndose en respuesta del mismo una nueva comunicación el 20 de noviembre de 2018 en la que se especifica que los concretos aspectos sobre los que se desea el informe habrán de ser la adecuación de la ordenanza a la legislación de bienes de Andalucía, valorándose la normativa de tipo medioambiental y de accesibilidad o cualquiera otra que se considere de interés y de obligado cumplimiento.

TERCERO. No se aporta más documentación que el borrador de la ordenanza.

Fundamentos Jurídicos:

PRIMERO. El primero de los aspectos que hemos de tratar es el acomodo del proyecto de ordenanza a la normativa de bienes de las entidades locales de Andalucía, cuyo régimen viene previsto en la ley 7/1999 de 29 de septiembre de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (en adelante LBELA) y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía aprobado por el Decreto 18/2006 de 24 de enero (en adelante RBELA). Todo ello sin perjuicio de la normativa básica que pudieran contener las normas estatales sobre la materia, como es el caso de la ley 33/2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y la demás sectorial que sea de pertinente aplicación.

Código Seguro De Verificación:	cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Manuel Garcia Romero	Firmado	28/11/2018 12:53:10
Observaciones		Página	1/6
Url De Verificación	https://portal.dipusevilla.es/vfirma/code/cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==		





SEGUNDO. Hechas las precisiones introductorias, hemos de abordar una cuestión capital como es el encuadre jurídico-público de los actos objeto de la ordenanza.

Queda fuera de toda duda que cuando hablamos de veladores y sillas en la vía pública, como manifestación más liviana del uso no general del dominio público nos encontramos, **al menos**, ante un supuesto de uso común especial del mencionado espacio, siendo esta una categoría de uso del demanio no sólo clasificada en la normativa autonómica aplicable (art. 30.2 de la ley 7/1999 de bienes de las Entidades Locales de Andalucía- LBELA- y 57 del Reglamento de bienes de las Entidades Locales de Andalucía aprobado por el Decreto 18/20069) sino también por la estatal (art. 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986 de 28 de noviembre), si bien es incluso discutible que tal actividad pueda clasificarse como de uso privativo. Dicho planteamiento queda claro entre otras sentencias en la del TSJ Castilla y León (Burgos) de 19-01-2018, Id Cendoj: 09059330012018100013, la cual en un supuesto de veladores y sillas en su fundamento Jurídico sexto se manifiesta en el siguiente tenor

...” lo que se razona y argumenta es que si la autorización es para utilizar de forma permanente en el tiempo el vial o espacio público, se precisaba, por encontrarnos ante un uso privativo de dicho espacio, de una autorización por la vía de la concesión administrativa, mientras que si se establece una adecuada limitación temporal del uso, con un horario de uso y una temporada a lo largo del año sería factible la concesión por medio de licencia por encontrarnos ante un uso común especial de mencionado espacio. Y en esa sentencia se anulaba la autorización otorgada porque la misma al no contemplar ninguna limitación temporal se consideraba que era una utilización permanente y que tal utilización precisaba de la autorización por la vía de la concesión administrativa. “

El mismo planteamiento cabe cuando hablamos de estructuras fijas aunque desmontables, con todas las instalaciones anexas que ello conllevan y que también ocupan espacios públicos (de electricidad, gas o ventilación por ejemplo).

TERCERO. Expuestas los actos sobre los que, en esencia, versa la ordenanza nos hemos de centrar en primer lugar, según lo solicitado, en el acomodo de la ordenanza a la legislación de bienes de Andalucía. En concreto sobre este aspecto hemos de resaltar que en todo momento la ordenanza versa sobre ocupación de dominio público vinculada a establecimientos de hostelería. *Esta doble circunstancia hace que, forzosamente el número de licencias a conceder sea limitada. Esto nos lleva a la aplicabilidad por una parte del artículo 57. 2 del RBELA*

La ordenanza no contempla otra condición para la concesión de licencia o incluso para su transmisibilidad que el que la ocupación del demanio público vaya ligada a la titularidad de una actividad hostelera en espacio privado, subyaciendo la idea de la libertad de otorgamiento. Sólo en los supuestos del artículo 8.3 (plazas, parques, bulevares) se contempla tangencialmente la posibilidad de que exista más de un interesado por sistema, contemplando en ese caso el reparto del espacio y no la concurrencia como contempla el art. 57.2 del REBELA, mientras que nada se dice

Código Seguro De Verificación:	cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Manuel Garcia Romero	Firmado	28/11/2018 12:53:10
Observaciones		Página	2/6
Url De Verificación	https://portal.dipusevilla.es/vfirma/code/cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==		





para el caso de ocupación aceras que también pueden verse sometidas a esa circunstancia. Por ello debería regularse específicamente estos supuestos bajo el prisma de **la concurrencia** y no del reparto, resultando al efecto de suma utilidad el fijar unas dimensiones fijas mínimas para cada ocupación o cualquier otro criterio que a priori permita un cálculo más exacto y objetivo del suelo a ocupar.

CUARTO. Un problema que se suscita es el de la viabilidad de los medios de intervención que se proponen. Ello es así porque se alude a comunicaciones previas y declaraciones responsables, con carácter general en determinados supuestos aunque se declare en el artículo 3 que la licencia es el instrumento general de intervención.

Ni la normativa de bienes de Andalucía, ni otra aplicable al caso como la urbanística andaluza, aluden para nada a las comunicaciones previas ni a las declaraciones responsables, a las cuales también se les confiere en la ordenanza el carácter de medios de intervención general en determinados supuestos, por lo que se estarían arbitrando medios de intervención administrativa ajenos a dichas normativas.

Sin embargo hay que hacer una matización, pues el art. 84 bis de la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local (de carácter básico) establece :

....No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado....

Por ello, no pueden considerarse contrarios a la ley los medios de intervención propuestos.

QUINTO. En relación a la normativa medioambiental, se establece en el artículo 16 de la Ordenanza como documentación a aportar para la concesión de licencia la elaborada por técnico competente, en la que se describa y justifique ambientalmente, entre otros aspectos las características de la terraza. Por este motivo se estaría, por parte de la Administración, en disposición de verificar a priori, y controlar con posterioridad que se cumple en general con la normativa medioambiental, además de con las prescripciones técnicas que deben regir el suministro, uso e instalaciones de electricidad y gas.

No obstante lo anterior, para los otros medios de intervención administrativa debería hacerse constar la declaración del interesado de cumplir con la normativa medioambiental, además de con las prescripciones técnicas que deben regir el suministro, uso e instalaciones de electricidad y gas.

Por otra parte, teniendo en cuenta que se tipifica como infracción en el artículo 27 la colocación o uso de aparatos, equipos o reproductores de imagen, sonido o vibraciones acústicas en el exterior del establecimiento, también podría tipificarse como infracción la emisión de ruidos, humos y malos olores en la intensidad y frecuencia que se estime oportuno

Código Seguro De Verificación:	cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Manuel Garcia Romero	Firmado	28/11/2018 12:53:10
Observaciones		Página	3/6
Url De Verificación	https://portal.dipusevilla.es/vfirma/code/cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==		





SEXTO. En lo referente a la accesibilidad la ordenanza adolece, al menos, de una remisión genérica al Decreto 293/2009 de 7 de julio por el que se aprueba el Reglamento sobre la Accesibilidad en las Infraestructuras, el Urbanismo, la Edificación y el Transporte de Andalucía o a aquellas norma que la sustituya. Ello es así porque existen en el artículo 8 de la Ordenanza aspectos inconcretos que podrían permitir la contravención esa norma, de obligada aplicación. Así, a modo de ejemplo, se dice en el precepto que “*En general, las terrazas se situarán en la zona interior de los Acerados o calles peatonales.....siendo el ancho de la terraza tal que se respete en todo caso un itinerario peatonal accesible...*”, pero en modo alguno, se fija un ancho mínimo libre de obstáculos, como prescribe el art. 15 del Decreto (1,50 m). Por este motivo, la referencia al Decreto, aseguraría la posibilidad de ejercicio de las potestades de control y eventualmente de sanción, entre otras, aparte de ofrecer mayor seguridad jurídica.

De la misma manera falta la referencia a la aplicación de la Orden VIV/561/2010 de 1 de febrero 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 Boletín Oficial del Estado (Número: 61, 11/03/2010,, cuyo artículo 1 en sus dos párrafos primeros dispone:

1. Este documento técnico desarrolla las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados tal y como prevé la disposición final cuarta del Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

2. Dichas condiciones básicas se derivan de la aplicación de los principios de igualdad de oportunidades, autonomía personal, accesibilidad universal y diseño para todos, tomando en consideración las necesidades de las personas con distintos tipos de discapacidad permanente o temporal, así como las vinculadas al uso de ayudas técnicas y productos de apoyo. De acuerdo con ello, garantizarán a todas las personas un uso no discriminatorio, independiente y seguro de los espacios públicos urbanizados, con el fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y la accesibilidad universal.

Tampoco consta que los parámetros objetivos que se detallan en el artículo 8 de la Ordenanza cumplan con las previsiones de los artículos 3 y 5 de la Orden

SÉPTIMO. Se indica en la petición de informe, en su matiz dado por el comunicado del Ayuntamiento solicitante de fecha 20/11/2018, el pronunciamiento, además de sobre los ya especificados puntos, sobre otros que pudieran considerarse de interés y de obligado cumplimiento. Por ello hemos de tratar una cuestión importante conexas al uso de los bienes demaniales, como es la trascendencia urbanística de la intervención del uso de dicho dominio público.

Código Seguro De Verificación:	cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Manuel Garcia Romero	Firmado	28/11/2018 12:53:10
Observaciones		Página	4/6
Url De Verificación	https://portal.dipusevilla.es/vfirma/code/cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==		





Así se desprende del artículo 4 del borrador de la ordenanza cuando manifiesta que *“las solicitudes de licencia, o las declaraciones responsables, deberán estar suscritas por el titular de la actividad económica que se desarrolle en el establecimiento. Esta licencia o autorización se concederá atendiendo al Carácter Demanial del bien, y por tanto sin interpretaciones urbanísticas, sino considerando el uso común especial que corresponda según el Reglamento de Bienes de las Entidades locales de Andalucía”*

Ciertamente nos encontramos con perspectivas distintas de un mismo hecho, de manera que por un lado se contemple la acción como uso del demanio público y por otro desde el punto de vista urbanístico.

Tal es el sentido que se infiere también del propio artículo 169.2 de la LOUA cuando dice que *“Estarán también sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción, edificación y uso del suelo o subsuelo que realicen os particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de autorizaciones o concesiones que deba otorgar la Administración titular de dicho dominio.”*

No obstante esta separación entre ambos aspectos que se desprende tanto la ordenanza como de la LOUA no puede obviar la circunstancia de que se trata de un único hecho, lo que obliga a un tratamiento coordinado.

Es de referir la STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2003 ID Cendoj 41091330022003100449, dictada en relación al dominio público en materia de radiocomunicación que en su Fundamento Jurídico 5 dice: *...“Planeamiento y ordenanzas poseen un ámbito objetivo de regulación diferenciado. A pesar del carácter normativo de los planes, es pacífico doctrinalmente que ambos instrumentos tienen una naturaleza jurídica diferente, ambos son producto de dos potestades distintas, la planificadora y la reglamentaria y por ende su naturaleza es la de plan y la de reglamento.*

Los planes urbanísticos proyectan sobre el territorio una ordenación concreta del derecho de uso y edificación establece el diseño de la ciudad y por tanto, es el instrumento adecuado para determinar por donde han de discurrir las infraestructuras y su emplazamiento, y fijar compatibilidades e incompatibilidades de uso, así como prohibiciones o restricciones.

Las ordenanzas, por contra, son verdaderas reglamentaciones generales que no están ligadas a los planes, cuyo objetivo es regular, y seguimos las palabras del legislador autonómico andaluz, LOUA art. 24, “los aspectos morfológicos incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones, no definitorias directamente de la edificabilidad y el destino del suelo, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción, edificación y usos susceptibles de realización en los inmuebles”. Siendo una constante en la legislación autonómica al respecto desvincular las ordenanzas, la conocidas como ordenanzas urbanísticas que conformaban el planeamiento, del planeamiento, configurando como instrumento normativo las ordenanzas municipales en materia de urbanismo, de policía de edificación y de urbanización, aprobadas por los entes locales en el ejercicio de su potestad reglamentaria y no planificadora.”...

Código Seguro De Verificación:	cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Manuel Garcia Romero	Firmado	28/11/2018 12:53:10
Observaciones		Página	5/6
Url De Verificación	https://portal.dipusevilla.es/vfirma/code/cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==		





Traída esta doctrina al caso que nos ocupa se coligen dos consecuencias:

- a) Ciertamente la ordenanza no está ligada al plan en cuanto que no es su instrumento de desarrollo, siendo, por otra parte, objeto de distintas materias (aquél el urbanismo, y ésta la ocupación del dominio público)
- b) Con independencia de lo anterior, no puede la ordenanza amparar un uso incompatible con el previsto por el plan, **por ser el instrumento adecuado para determinar compatibilidades e incompatibilidades de uso.**

Por ello, sin perjuicio de la correcta matización que se realiza en el artículo 4, párrafo 2º de la ordenanza, sería de incorporar una cláusula general condicionando las licencias, o la efectividad de las comunicaciones previas o declaraciones responsables a la compatibilidad del uso del dominio público con los aquellos marcados por los instrumentos de planeamiento vigentes.

Conclusiones.

PRIMERA. Se observa, en general, el acomodo del proyecto de ordenanza a la legalidad.

SEGUNDA. No obstante lo anterior:

-El uso del dominio público cuando esté limitado su uso y exista pluralidad de interesados habrá de estar sometido a concurrencia.

-En relación a la normativa medioambiental cuando se empleen medios de intervención administrativa distintos a la licencia debería hacerse constar la declaración del interesado de cumplir con la normativa medioambiental, además de con las prescripciones técnicas que deben regir el suministro, uso e instalaciones de electricidad y gas, pudiéndose tipificar como infracción la emisión de ruidos, humos y malos olores en la intensidad y frecuencia que se estime oportuno, con la correspondiente sanción.

-En lo referente a la accesibilidad la ordenanza adolece, al menos, de una remisión genérica al Decreto 293/2009 de 7 de julio por el que se aprueba el Reglamento sobre la Accesibilidad en las Infraestructuras, el Urbanismo, la Edificación y el Transporte de Andalucía, así como a la Orden VIV/561/2010 de 1 de febrero Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero o a aquellas norma que la sustituya, debiéndose cotejar con ésta última norma el contenido de los artículos 8 y 9 de la Ordenanza a fin de advenir el acomodo de ésta a la citada Orden.

-En lo relativo al artículo 4, párrafo 2º de la ordenanza debería añadirse la siguiente apostilla “Sin perjuicio de lo anterior el uso al que habilita la autorización será compatible con los previstos por el planeamiento y las normas de ordenación territorial”, u otra similar

Código Seguro De Verificación:	cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Manuel Garcia Romero	Firmado	28/11/2018 12:53:10
Observaciones		Página	6/6
Url De Verificación	https://portal.dipusevilla.es/vfirma/code/cvRlh+U8iMPRzXTqOv2PtA==		

