

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067026

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

Sentencia 609/2023, de 15 de diciembre de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 253/2022

**SUMARIO:**

**Dominio Público. Terrazas. Potestad para dictar reglamentos. Ordenanzas. Procedimiento de elaboración. Motivación. Trámite de audiencia. Prohibición de estufas de gas. Contaminación atmosférica. Medio ambiente.**

Anulada la prohibición del Ayuntamiento de instalar estufas de gas en las terrazas de bares y cafeterías de la ciudad, al entender que la ordenanza que las proscribía carece de estudios sobre el nivel y los efectos contaminantes de las emisiones de dióxido de carbono de estas calefacciones frente a otras energías, como las eléctricas, ni sobre el porcentaje o proporción en que estos aparatos contribuyen a las emisiones de gases de efecto invernadero en relación con las distintas fuentes contaminantes. Se señala que en el expediente administrativo se echan también en falta informes o análisis sobre la eventual adopción de medidas alternativas a la finalmente adoptada en enero pasado, así como un análisis o una somera ponderación de los distintos intereses en juego.

Si bien no resulta exigible seguir el trámite previo de consulta pública previsto en el artículo 133.1 en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales municipales, el déficit en la justificación de la medida adoptada, vulnera los principios que impone el art. 129.1 de la actual Ley de Procedimiento administrativo, que obliga a las administraciones a dar cuenta o justificar la finalidad y contenido de cualquier norma reglamentaria.

Retirar del espacio urbano todo aquello que aumente la contaminación atmosférica, no ha sido suficiente motivación para los magistrados ya que se exige que se determinen «las ventajas y las cargas que puedan resultar, tanto de las medidas que se adopten como de las que se dejan de adoptar», para poder ponderar los diferentes derechos en juego.

No se pone en duda, la amplia potestad discrecional de Ayuntamiento, como titular del dominio público sobre el suelo en el que se instalan las terrazas, para establecer el régimen jurídico de los elementos que puede implantar el ciudadano o empresa que obtiene la correspondiente autorización de uso de terraza, pero, no es menos cierto que el ejercicio de dicha amplísima potestad discrecional no puede ignorar las exigencias y principios de buena regulación contemplados por la ley.

**PRECEPTOS:**

Constitución española, arts. 9.3, 45 y 105.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 1, 25, 31 y 71.2.

Ley 39/2015 (LPAC), arts. 129. y 133.

Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 49.

Ley 22/2006, (Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid), art. 48.

**PONENTE:***Don Jose Daniel Sanz Heredero.*

Magistrados:

Don JOSE DANIEL SANZ HEREDERO

Don JUAN FRANCISCO LOPEZ DE HONTANAR SANCHEZ

Don JOSE MANUEL RUIZ FERNANDEZ

Don MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2022/0032508

RECURSO 253/2022

SENTENCIA NÚMERO 609/2023

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

D. José Manuel Ruiz Fernández

D<sup>a</sup>. María Soledad Gamio Serrano

En la Villa de Madrid, a 15 de diciembre de dos mil veintitrés.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 253/2022, interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES Y DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GASES LICUADOS DEL PETRÓLEO, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Amaya María Rodríguez Gómez de Velasco, contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración, de 30 de julio de 2013. Ha sido parte demandada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por el Letrado Consistorial.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Que previos los oportunos trámites, la parte recurrente formalizó su demanda, en que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las declaraciones correspondientes en relación con la actuación administrativa impugnada.

**Segundo.**

Que asimismo se confirió traslado a la representación de la parte demandada, para contestación a la demanda, lo que verificó por escrito, en que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda.

**Tercero.**

Con fecha 16 de noviembre de 2023 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

VISTOS. Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

El presente recurso contencioso-administrativo se formula contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración, de 30 de julio de 2013.

Concretamente, la recurrente solicita el dictado de una sentencia por la que:

" 1. Se declare la nulidad de la Ordenanza 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración de 30 de julio de 2013.

2. Subsidiariamente a lo anterior, se declare la nulidad del Anexo II 1h) y del apartado 4 de la Disposición Transitoria segunda de la Ordenanza 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración de 30 de julio de 2013.

3. O en su defecto y subsidiariamente a los dos puntos anteriores se elimine el contenido del Anexo II 1h) y del apartado 4 de la Disposición Transitoria segunda de la Ordenanza 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración de 30 de julio de 2013 manteniendo la redacción dada en el Anteproyecto de 9 de septiembre de 2019: "Se pueden autorizar elementos tales como estufas de gas, eléctricos o similares. Será requisito imprescindible que se acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en la normativa específica y tener la homologación CE de la Unión Europea".

Pretensión que sustenta en la concurrencia de tres motivos de impugnación; a saber:

(i) Omisión de la consulta previa, con carácter previo al procedimiento normativo en sentido estricto, impuesta en el artículo 133 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin que se esté ante alguna de las excepciones previstas en la Ley.

El incumplimiento del citado artículo 133, en relación con la consulta pública previa, debe generar la nulidad de pleno derecho de la ordenanza impugnada, en aplicación del artículo 47.2 de la citada ley 39/2015.

(ii) Omisión de trámite de audiencia previa a la actora, dado su carácter de interesada en el contenido establecido en la norma, lo que supone incumplimiento del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en consonancia con el artículo 48 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. El artículo 49 citado dispone, sin mayores dudas interpretativas, que junto y de forma simultánea ("...y") con la publicación del acuerdo de aprobación inicial de la Ordenanza por el Pleno municipal, es preciso notificar, con carácter singular, específico, dicha resolución a quienes sean "interesados".

Este motivo por sí mismo ya es suficientemente importante como para declarar la nulidad de la Ordenanza impugnada o, con carácter subsidiario, del contenido del Anexo II 1h) y del punto 4 de la disposición transitoria segunda.

(iii) El Ayuntamiento de Madrid ha limitado y prohibido las estufas de gas en razones medioambientales, pero sin hacer alusión a ningún otro tipo de estufas, como pueden ser las eléctricas, lo que incumple los principios de igualdad y no discriminación defendidos por la Constitución.

Refiere la aportación de informe pericial, elaborado por D. Everardo (Ingeniero Técnico Industrial) en el que se recoge un estudio de utilización de calentaplatos (estufas de gas) suministrados con gases licuados de petróleo (GLP) en el exterior. De dicho informe infiere la actora que las estufas de gas no son un elemento contaminante, por lo que la adopción de la medida de prohibición de tales estufas supone una vulneración del principio de igualdad, teniendo la Ordenanza impugnada un carácter discriminatorio.

Aduce, por otra parte, que no se ha aportado por la Administración ningún estudio sobre el nivel y los efectos que, en las emisiones de dióxido de carbono, se causan por la utilización de estufas de gas en las terrazas. Tampoco se pueden conocer los porcentajes ni las proporciones en que estos aparatos contribuyen a las emisiones, ya que las ciudades están rodeadas de fuentes contaminantes, como pueden ser las calefacciones o los vehículos motorizados, sin que conste en el expediente administrativo informe al respecto.

Dichas supuestas razones medioambientales se sustentan en el Reglamento de Instalaciones Térmicas de los Edificios, aplicable a las instalaciones fijas, siendo así que las estufas cuestionadas están destinadas a instalaciones no permanentes (terrazas), es decir, no fijas.

Además, el artículo 43 de la Ordenanza impugnada, no tipifica como sanción la tenencia, colocación o uso de estufas de gas al englobarlas dentro de los elementos o mobiliario de terraza subsumidos en la autorización de la misma.

## **Segundo.**

El AYUNTAMIENTO DE MADRID solicita la desestimación del recurso contencioso-administrativo. A tal efecto, en síntesis, aduce:

(i) Inexistencia de infracción de procedimiento de elaboración de la Ordenanza. Inexistencia de nulidad por no existir trámite de información pública posterior a la enmienda.

La modificación introducida en el texto fue consecuencia de una enmienda presentada por un concejal del Grupo Mixto, en plazo, haciendo uso de la capacidad jurídica reconocida en el artículo 48 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid.

En relación con la alegada falta de audiencia, alega que cuando un texto normativo entre en sede plenaria no está previsto trámite de audiencia alguno. De contrario se interesa aplicar un trámite que no está previsto normativamente, lo que impide, en consecuencia, que se pueda calificar su ausencia de un defecto relevante.

La jurisprudencia admite la validez de la inexistencia de trámite de audiencia en esta fase del proceso, salvo que se trate de unas modificaciones sustanciales. Es el recurrente quien tiene la carga de justificar que las modificaciones introducidas eran esenciales en el texto normativo, lo que no ha conseguido. La modificación introducida hace referencia a un elemento accesorio de las terrazas como son las estufas de gas. Por tanto, no se revela necesario la realización de un nuevo trámite de audiencia.

Por otra parte, señala que una enmienda de adición no precisa motivación, siendo la misma un elemento accesorio, no esencial y por lo tanto prescindible del acto jurídico que constituye la enmienda; por lo que una enmienda que no tuviera ningún tipo de motivación no incurriría en ningún vicio de tipo jurídico.

La finalidad perseguida no es otra que la de conseguir retirar del espacio urbano de la ciudad de Madrid los elementos que producen un efecto invernadero, lo que se alinea con el RITE, aunque no comparta los ámbitos subjetivos y objetivos de aplicación.

El Ayuntamiento de Madrid tiene capacidad jurídica originaria para adoptar la disposición objeto de controversia, no precisando para ello de un poder normativo derivado del RITE. El Ayuntamiento goza de autonomía y capacidad jurídica para adoptar disposiciones de carácter general que innoven en el tráfico jurídico.

(ii) Legalidad de la fijación de limitaciones de las estufas en la utilización de las terrazas por parte de la Administración.

Se está ante una medida concreta adoptada por la Administración por medio de un acto normativo, consistente en la retirada progresiva de las estufas de gas como elemento accesorio de las terrazas, debido que las mismas emiten gases de efecto invernadero.

La propia precariedad de la autorización, el sometimiento a la condición de preferencia de la protección demanial, el interés público y el uso general definen la naturaleza de estas ocupaciones demaniales, en las que la administración municipal tiene la competencia general para otorgar, e incluso extinguir las autorizaciones de dominio público, como es el caso de las terrazas.

Es evidente que la más reciente doctrina jurisprudencial sigue consolidando la idea de que en caso de colisión entre la protección del demanio y un interés particular resulta preferible decantarse por " el mantenimiento de su plena ejecutividad por afectar la cuestión del dominio público sin duda alguna al interés general que podría resultar gravemente perjudicado".

No se ha encontrado ninguna disposición con rango de ley que expresamente limite las facultades dominicales del Ayuntamiento de Madrid, en particular, que prohíba cambiar el uso de las estufas de gas que emiten gases con efecto invernadero, por otras, que lo los emitan.

(iii) Aspectos de oportunidad y de legalidad asociados a la medida implantada.

La Ordenanza impugnada no infringe ninguna norma con rango de Ley, y es plenamente legal, con independencia de la opinión que le merezca al recurrente.

La Constitución impone a los poderes públicos la obligación de adoptar una posición activa, o proactiva de cara a la protección del medio ambiente y a la promoción de la salud de la ciudadanía.

Una medida que limita el uso de las estufas de gas que producen efecto invernadero parece lógica desde el punto de vista de la posición jurídica que tiene el Ayuntamiento de Madrid, como poder público que es.

Se está ante una medida de carácter progresivo, que introduce una limitación, a partir del 31 de diciembre de 2023, constituyéndose así, como una medida clara y precisa por lo que cumple con los parámetros exigibles a una acción que limita el uso de las estufas.

A través de la Ordenanza se está ejerciendo una competencia propia.

Se deben rechazar de manera absoluta las afirmaciones que califican como arbitraria a la normativa, una vez que se ha demostrado la coherencia de la prohibición de las estufas de gas con la normativa medioambiental.

### **Tercero.**

Con relación al concreto objeto del recurso contencioso-administrativo que nos ocupa, a efectos de enmarcar jurídicamente la cuestión controvertida, estimamos conveniente traer a colación la doctrina contenida en la STS de 29 de junio de 2020, rec. 113/2019, relacionada con el contenido del control jurisdiccional en el supuesto de impugnación de una disposición general. Así, dicha STS, en su FD 2º señala:

"(...) no puede perderse de vista que tratándose de la impugnación de una disposición normativa, el control jurisdiccional alcanza a la observancia del procedimiento de elaboración legalmente establecido, con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad ( art. 9.3 CE ), según establece el art. 52 de la Ley 30/92 , y el art. 131 de la actual Ley 39/2025 , y que son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución , en relación con el art. 1 de la Ley 29/98, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa , lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo."

Por otra parte, estimamos igualmente conveniente resaltar, siguiendo la doctrina contenida en la STS de 24 de julio de 2023, rec. 162/2021, que en las impugnaciones de las disposiciones reglamentarias en vía contencioso-administrativa, las potestades que se confieren a los Tribunales son más limitadas que la establecida para la impugnación de los actos administrativos. En efecto, una de las peculiaridades más relevantes en los procesos cuyo objeto es una disposición general, es que las pretensiones, cuando, como aquí sucede, se trata de una impugnación directa ( artículo 25 de la Ley procesal), quedan limitadas, en principio y como regla general, a la de anulación, es decir, no es admisible la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada que autoriza el artículo 31 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , y así ha de concluirse del mandato que nos impone el artículo 71-2º de la mencionada Ley procesal cuando dispone que " Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados".

### **Cuarto.**

Examinadas las alegaciones en las que la parte actora sustenta el recurso contencioso-administrativo que nos ocupa, comenzaremos por analizar aquellas atinentes al procedimiento de elaboración de la Ordenanza aquí impugnada, lo que nos conduce a la problemática de los defectos formales como causa de nulidad de las disposiciones reglamentarias.

Para abordar adecuadamente dicha cuestión obligado resulta traer a colación la doctrina contenida en la STS de 24 de julio de 2023, rec. 162/2021, en la que se expone:

"(...) conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo (por todas, sentencia 414/2022, de 4 de abril, dictada en el recurso 300/2020; ECLI:ES:TS:2022:1365 , con abundante cita), para que los defectos formales puedan tener relevancia a los efectos de ocasionar la nulidad de una norma reglamentaria, deben ser de tal entidad que permitan concluir que el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha ejercitado con una clara vulneración de las exigencias que impone un precepto de rango superior, que es el presupuesto de nulidad del artículo 47-2º de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (...).

Referido, pues, el debate al ámbito estrictamente formal, ya hemos declarado que para que en tales supuestos se pueda ver afectada la legalidad de las disposiciones reglamentarias, se requiere que el defecto apreciado tenga relevancia para el contenido material de la norma. Y así, se declara en la sentencia antes reseñada que "los presupuestos formales para la aprobación de los reglamentos han de interpretarse con el criterio finalista que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene aconsejando, con el fin de no incurrir en un excesivo formalismo, desconociendo que el procedimiento no tiene una finalidad en sí mismo considerado, sino en cuanto es garantía de que en la aprobación del reglamento se han salvaguardado todos los intereses afectados, en especial, los propios de la potestad reglamentaria de la que es titular la Administración que lo aprueba; que es la finalidad de los trámites que se impone por la norma que regula el procedimiento de aprobación (...) Desde el punto de vista formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente



establecido (...), y que los trámites ahí contemplados constituyen límites formales de dicha potestad y habilitan para el control judicial de su ejercicio."

Partiendo de esa premisa al interpretar los defectos formales desde una óptica sustancialista y no meramente formalista, hemos declarado: "Por lo que se refiere a la omisión de trámites, la jurisprudencia de esta Sala subraya que para que proceda la nulidad... es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, es decir, palpable y a todas luces evidente e inequívoca, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental.

"... Por ello, solo cuando la omisión de trámites del procedimiento previsto para la elaboración de las disposiciones generales o su defectuoso cumplimiento se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, conllevará la nulidad de la disposición que se dicte. Esta finalidad se traduce en una garantía ad extra, en la que se inscriben tanto la audiencia a los ciudadanos..., como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, y en una garantía interna, encaminada a asegurar tanto la legalidad como el acierto de la regulación reglamentaria..."

En ese sentido hemos declarado en nuestra sentencia 1227/2020, de 30 de septiembre, dictada en el recurso 36/2019 ( ECLI:ES:TS:2020:2988 ) las siguientes condiciones en relación con la posibilidad de apreciar vicios de nulidad de las disposiciones generales: "1º Que el procedimiento de elaboración tiene por finalidad garantizar la oportunidad, acierto y legalidad de la norma que se elabora, así como su oportunidad (cf. artículos 26.1 de la Ley 50/1997 y 129 de la Ley 133/2015 ). Como procedimiento especial responde a la idea de administración participativa y para garantizar esos objetivos regula diversos momentos en los que se recaba el parecer ciudadano, en general o a través de organizaciones representativas, más entidades afectadas y administraciones; además se recaban aquellos informes que sean preceptivos por serlo con carácter general o por exigirlos normas sectoriales. 2º La jurisprudencia ha declarado el rigor exigible en el cumplimiento de los trámites de ese procedimiento pues se ventila la promulgación de normas que integran el ordenamiento jurídico, que se insertan en el sistema de fuentes, luego tienen una eficacia general y vigencia indefinida, de ahí que las ilegalidades reglamentarias tanto sustantivas como procedimentales sean causa de nulidad de pleno derecho ( artículo 47.2 de la Ley 39/2015 ). Ahora bien, no cabe olvidar que esa misma jurisprudencia sostiene una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales para, evitando caer en el puro formalismo, atender más a la finalidad a la que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate (vgr. sentencia de la Sección Cuarta, de 13 de septiembre de 1996, recurso de casación 7198/1991 ). 3º La especialidad de ese procedimiento, aparte de sus diferencias estructurales respecto del procedimiento que finaliza con una resolución, lleva a modular el alcance de exigencias ordinarias como pueden ser, por ejemplo, la motivación, la idea de indefensión o respecto de la potestad ejercitada, el alcance de la discrecionalidad administrativa. Más intensa es, en cambio, la exigencia en este procedimiento de principios como el de transparencia, seguridad, eficiencia o la exigencia de principios propios como es el de buena regulación (cf. artículo 129 Ley 39/2015 ). 4º También tiene declarado la jurisprudencia que a lo largo del procedimiento de elaboración de un reglamento -precisamente por ese principio participativo que lo informa- es frecuente que vaya cambiando la redacción del texto proyectado. Esto es normal, pero al no aplicarse el principio contradictorio la regla general es que no es exigible reiniciar una y otra vez los trámites de audiencia, información o recabar informes a medida que en ese proceso de elaboración va cambiándose el proyecto que se gesta. 5º Esta regla general tiene como excepción aquellos casos en que los que en una nueva versión del proyecto se introducen cambios sustanciales, que afectan a los aspectos nucleares de lo proyectado (cf. sentencias de esta Sala, Sección Sexta, de 23 de enero de 2013, recurso contencioso-administrativo 589/201121 ; de la Sección Tercera de 21 de febrero de 2014, recurso de casación 954/2012 ; dos sentencias de la Sección Cuarta, ambas de 19 de mayo de 2015, recursos contencioso- administrativos 534 y 626/2012 o la sentencia de la Sección Tercera 1253/2018, de 17 de julio , recurso contencioso-administrativo 400/2017 , entre otras)" (...)"

#### **Quinto.**

Sentado cuanto antecede, procede que pasemos a examinar el primero de los motivos de impugnación, opuestos por la recurrente, relacionado con el procedimiento de elaboración y aprobación de la Ordenanza aquí impugnada

La parte actora aduce la omisión de la consulta previa al procedimiento normativo propiamente dicho, contemplada en el artículo 133 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; omisión que, a juicio de la recurrente, debe generar la nulidad de pleno derecho de la ordenanza impugnada, en aplicación del artículo 47.2 de la citada ley 39/2015.

Pues bien, ante todo debe tenerse presente que el precitado artículo 133 de la Ley 39/2015 ha sido declarado contrario al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 b) y c) de la Sentencia TC (Pleno) 55/2018 de 24 de mayo ("B.O. E." 22 junio), salvo el inciso de su apartado 1 " Con carácter

previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública" y el primer párrafo de su apartado 4 (" Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen").

Por otra parte, debe tenerse presente, igualmente, que cualquier duda que pudiera existir en relación sobre si la consulta prevista en el citador artículo 133.1 de la Ley 30/2015 resulta exigible en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas municipales ha venido a ser despejada por la STS de 31 de enero de 2023, rec. 4791/2021, al señalar que:

"(...) el primer párrafo del art. 133, en su primer inciso, que establece la obligatoriedad de una consulta pública ("Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública") es básico, al amparo del art. 149.1.18 CE , bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y, como tal, aplicable también a las Administraciones Locales. A partir de aquí, la consulta pública resultaría, en términos generales, obligatoria, si bien los demás aspectos de su realización, elementos que con mayor grado de detalle se regulan en el contenido restante del apartado 1 del art. 133 LPAC , no son normas básicas y, por tanto, no son aplicables directamente más que a los reglamentos estatales, no así a los reglamentos autonómicos y tampoco a los reglamentos en el ámbito de la Administración local. Todo ello, sin perjuicio de su aplicabilidad como norma supletoria, por su carácter de derecho estatal ( art. 149.3 CE )".

No obstante ello, la propia STS llevará a cabo una relevante matización, fijando como criterio interpretativo que no resulta exigible seguir el trámite previo de consulta pública previsto en el artículo 133.1 en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales municipales -"(...) fijamos como criterio interpretativo sobre la cuestión de interés casacional que el art. 17 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que regula el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales locales, constituye legislación especial por razón de la materia, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª, apartado 1, de la Ley de la Ley 39/2015 , no resulta exigible seguir el trámite de consulta pública previsto en el art. 133.1 LPAC , como trámite previo al procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales establecido en el art. 17 TRLHL"-.

Por tanto, el trámite de consulta pública del artículo 133.1 de la Ley 39/2015 resulta obligatoria en el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas municipales, con la salvedad de las ordenanzas fiscales.

Si examinamos el expediente administrativo remitido, concretamente los docs. núms. 1 a 5 (folios 1-49), se advertirá que, al contrario de lo sostenido por la actora, la modificación de la Ordenanza de Terrazas de Hostelería y Restauración fue efectivamente sometida a consulta previa. En efecto, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, en fecha 17 de junio de 2021, acordó someter a consulta pública previa la modificación proyectada (folios 8-9); siendo publicada en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid nº 89913, de 21 de junio de 2021 (folio 10); llegándose a redactar un informe sobre el resultado de la consulta pública, obrante a los folios 11-49.

Consecuentemente, el motivo de impugnación examinado deberá ser desestimado.

#### **Sexto.**

Como segundo motivo de impugnación, afectante al procedimiento de elaboración y aprobación de la Ordenanza impugnada, la recurrente aduce la omisión de trámite de audiencia previa a la actora, dado su carácter de interesada en el contenido establecido en la norma, lo que supone incumplimiento del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en consonancia con el artículo 48 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. El artículo 49 citado dispone, sin mayores dudas interpretativas. Según la actora, que junto y de forma simultánea ("...y") con la publicación del acuerdo de aprobación inicial de la Ordenanza por el Pleno municipal, es preciso notificar, con carácter singular, específico, dicha resolución a quienes sean "interesados".

El artículo 49 de la LBRL dispone:

" La aprobación de las Ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) Aprobación inicial por el Pleno.
- b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional".

A su vez, el artículo 48 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, referido al procedimiento de aprobación de las normas de competencia del Pleno, dispone:

" 1. La elaboración y aprobación de las ordenanzas y reglamentos y de los estatutos de los Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales, con excepción del Planeamiento urbanístico que se registrará por su normativa específica, se ajustará al procedimiento establecido en el presente artículo.

"2. La iniciativa para la aprobación de las normas de competencia del Pleno corresponde a:

a) La Junta de Gobierno, mediante remisión del correspondiente proyecto.

b) Los Grupos políticos y los Concejales.

c) Un número de ciudadanos igual o superior al 10 por 100 de los vecinos de la ciudad, de conformidad con lo establecido en la normativa básica aplicable.

Se excluye de la iniciativa ciudadana en todo caso la materia tributaria local.

3. En el caso de los proyectos, se aplicará el procedimiento siguiente:

a) La Junta de Gobierno aprobará el proyecto inicial, y lo someterá al trámite de alegaciones si afecta a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, durante un plazo no inferior a treinta días naturales.

b) Examinadas las alegaciones, el proyecto definitivo será aprobado por la Junta de Gobierno y remitido al Pleno, para su tramitación conforme a lo dispuesto por su Reglamento Orgánico. En la remisión, el proyecto irá acompañado de todas las alegaciones recibidas y de la memoria que recoja su valoración.

c) La Comisión competente dictaminará el proyecto.

d) El Pleno, en acto único, aprobará la norma.

e) La norma aprobada por el Pleno se publicará íntegramente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y entrará en vigor al día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma disponga otra cosa, todo ello sin perjuicio de su publicación en el Boletín de la Ciudad de Madrid.

f) Sin perjuicio de lo anterior, la aprobación de la norma se comunicará a la Administración General del Estado y a la Administración de la Comunidad de Madrid.

(...)"

Pues bien, como puede observarse, el artículo 49.b) de la LBRL establece como trámite esencial del procedimiento de elaboración de la ordenanza, tras su aprobación inicial por el Pleno del Ayuntamiento, la " información pública y audiencia de los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias", que deriva del principio constitucional de participación ciudadana establecido en el artículo 105 CE y permite la defensa de los derechos e intereses concreto afectados, mejorar el contenido de las normas y garantizar su acierto su acierto y pertinencia.

Por su parte, el régimen de aprobación de ordenanzas a propuesta de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid difiere de lo establecido en el referido artículo 49 LBRL, en concreto, respecto del trámite de audiencia e información pública, que se realiza en el ámbito del ejecutivo, sometiéndose el proyecto aprobado inicialmente por la Junta de Gobierno " al trámite de alegaciones si afecta a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, durante un plazo no inferior a treinta días naturales".

Pues bien, como hemos indicado, la actora sostiene, con cita del artículo 49 de la LBRL, que debió dársele trámite de audiencia dado su carácter de interesada en el contenido de la norma.

Ahora bien, conviene tener presente que, como se indica la STS de 14 de junio de 1990, rec. 11108/1990, solo procederá la notificación individual del trámite de audiencia e información pública a aquellos interesados claramente identificados y conocidos por la entidad local.

Y tal circunstancia, en relación con la actora, no concurriría en el supuesto que nos ocupa, dado el objeto y alcance material de la Ordenanza aquí impugnada (que aparece concretado en su artículo 1, quedando circunscrito a la regulación del régimen jurídico y condiciones a que debe someterse " La instalación de terrazas en terrenos de dominio público y terrenos de titularidad privada y uso público", así como la " Instalación de quioscos de hostelería y restauración, de temporada y permanentes, en terrenos de dominio público") difiere notablemente del objeto e interés legítimo en que la parte actora fundamenta su legitimación activa para interponer el presente recurso contencioso-administrativo, que no es otro que la defensa de los intereses de las Asociaciones provinciales y de las empresas distribuidoras de GLP envasado.

Por tal motivo, la Administración municipal no venía obligada a conceder a la aquí recurrente el trámite de audiencia individualizado reclamado, por lo que el motivo de impugnación examinado deberá ser desestimado.

### **Séptimo.**

Desestimados los motivos de impugnación sustentados en eventuales defectos formales, procede que pasemos a examinar el tercero de los motivos de impugnación opuesto por la recurrente, directamente relacionado, como se verá, con el ámbito sustantivo y material de la regulación contenida en aquella, afectante al régimen jurídico y condiciones a las que debe sujetarse la instalación de las terrazas en terrenos de dominio público.



Concretamente, el motivo de impugnación cuyo análisis abordamos persigue la declaración de nulidad del Anexo II 1h) y del apartado 4 de la Disposición Transitoria segunda de la Ordenanza 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración de 30 de julio de 2013.

El citado Anexo II, referido a las "Definiciones y prescripciones técnicas del mobiliario de terraza y superficie de ocupación teórica", en su apartado 1.h), dispone:

"1 . Definiciones y prescripciones técnicas del mobiliario de terraza.

(...)

h) Elemento industrial móvil: aparato portátil de funcionamiento autónomo cuya función es garantizar, mejorar o complementar las condiciones de seguridad, confort o funcionalidad.

No podrán instalarse estufas de gas, como tampoco aquellas que emitan gases de efecto invernadero a la atmósfera. Los demás elementos industriales móviles deberán acreditar, para ser autorizados, que cumplen los requisitos técnicos establecidos en la normativa específica y tener la homologación CE de la Unión Europea".

Por su parte, el apartado 4 de la Disposición Transitoria segunda dispone:

" Disposición transitoria segunda. Periodo de adaptación tras la entrada en vigor de esta ordenanza.

(...)

4. Las terrazas que a la entrada en vigor de esta ordenanza tuvieran autorizadas estufas de gas o emisoras de gases de efecto invernadero como elementos industriales móviles, no podrán mantenerlas más allá del 31 de diciembre de 2023, procediendo, en su caso, a sustituirlas por alguna de los elementos móviles autorizados en el anexo II o a retirarlas."

En síntesis, la parte recurrente, en apoyo de su pretensión anulatoria, aduce que:

(i) Los preceptos impugnados vulneran los principios de igualdad y no discriminación, en cuanto que no mencionan, además de a las estufas de gas, a otro tipo de estufas, como las eléctricas; y

(ii) Las supuestas razones medioambientales en las que el Ayuntamiento de Madrid pretende fundamentar la prohibición de las estufas de gas en las terrazas y la prohibición de su mantenimiento más allá del 31 de diciembre de 2023, se sustenta en el Real Decreto, el RD 178/2021 (RITE Reglamento de Instalaciones Térmicas en los edificios), de aplicación a las instalaciones térmicas fijas, lo que descarta su aplicación a las estufas de gas, consideradas en la Ordenanza impugnada como elementos industriales móviles. Por otra parte, añade, no se ha aportado por la Administración municipal ningún estudio sobre el nivel y los efectos que, en las emisiones de dióxido de carbono, causan este tipo de aparatos en terrazas

### **Octavo.**

Para un mejor análisis de la cuestión jurídica planteada, estimamos conveniente hacer referencia a las diversas redacciones que, durante el procedimiento de elaboración y aprobación de la Ordenanza impugnada, se han dado al apartado del Anexo II referido a los elementos industriales móviles, eventualmente instalables en las terrazas:

(i) En el Anexo II del Anteproyecto de Modificación de la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración se establecía:

" Se pueden autorizar elementos tales como estufas de gas, eléctricos o similares. Será requisito que se acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en la normativa específica y tener la homologación CE de la Unión Europea."

(ii) Idéntico texto fue sometido al trámite de información pública.

(iii) En el proyecto definitivamente aprobado por la Junta de Gobierno el 16 de diciembre de 2021 se disponía:

" Se pueden autorizar elementos tales como estufas o similares que cumplan las condiciones de eficiencia energética determinadas reglamentariamente. Será requisito que se acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en la normativa específica y tener la homologación CE de la Unión Europea".

(iv) En el Registro electrónico del pleno del Ayuntamiento de Madrid fue presentada el 21 de diciembre de 2021 enmienda por el Portavoz de la Comisión Julián, proponiendo el siguiente texto:

" No podrán instalarse estufas de gas, como tampoco aquellas que emitan gases de efecto invernadero a la atmósfera. Los demás elementos industriales móviles deberán acreditar, para ser autorizados, que cumplen los requisitos técnicos establecidos en la normativa específica y tener la homologación CE de la Unión Europea".

La justificación de la enmienda propuesta se fundamentaba en:

" al amparo de la entrada del nuevo texto consolidado del RITE Reglamento de Instalaciones Térmicas en los edificios por RD 178/2021, de 23 de Marzo, que incluye normas para contribuir a las medidas de eficiencia energética."

(v) En el Registro electrónico del pleno del Ayuntamiento de Madrid fue presentada el 21 de diciembre de 2021 enmienda por el Portavoz de la Comisión Julián el siguiente texto:

" Añadir un nuevo párrafo a la disposición transitoria segunda del siguiente tenor: Las terrazas que a la entrada en vigor de esta ordenanza tuvieran autorizadas estufas de gas o emisoras de gases de efecto invernadero como elementos industriales móviles, no podrán mantenerlas más allá del 31 de diciembre de 2023, procediendo, en su caso, a sustituirlas por alguno de los elementos móviles autorizados en el Anexo II o a retirarlas".

La justificación de la enmienda propuesta la fundamenta:

" por coherencia con la modificación del Anexo II en el que se prohíbe las estufas de gas"

(vi) En el Registro electrónico del pleno del Ayuntamiento de Madrid fue presentada el 22 de diciembre de 2022 enmienda por el concejal Leonardo el 22 de diciembre de 2021 solicitando modificación respecto al Anexo II.1 h) Segundo párrafo proponiendo:

" Se pueden autorizar elementos como estufas que cumplan las condiciones de eficiencia energética determinadas reglamentariamente, para ello deberá disponerse de la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en la normativa específica y tener la homologación CE de la Unión Europea"

La justificación de la enmienda propuesta la fundamenta al amparo de:

" la eliminación de estufas, en concreto las de gas, supone de hecho una fuerte disminución de usuarios de terrazas en los meses de invierno y en menor medida en ciertos horarios de los meses de primavera y otoño".

(vii) En la Ordenanza 1/2022 aprobada el 25 de enero de 2022 finalmente se recoge el siguiente texto:

En su Disposición Transitoria Segunda: " Las terrazas que a la entrada en vigor de esta ordenanza tuvieran autorizadas estufas de gas o emisoras de gases de efecto invernadero como elementos industriales móviles, no podrán mantenerlas más allá del 31 de diciembre de 2023, procediendo, en su caso, a sustituirlas por alguna de los elementos móviles autorizados en el anexo II o a retirarlas."

En su Anexo II., 1.h): " No podrán instalarse estufas de gas, como tampoco aquellas que emitan gases de efecto invernadero a la atmósfera. Los demás elementos industriales móviles deberán acreditar, para ser autorizados, que cumplen los requisitos técnicos establecidos en la normativa específica y tener la homologación CE de la Unión Europea."

### **Noveno.**

Pues bien, tal como hemos expuesto anteriormente, la parte actora fundamenta su pretensión, en relación con los preceptos contenidos en el Anexo II 1.h) y Disposición Transitoria segunda, en una doble consideración: (i) Por una parte, que la prohibición de estufas de gas en las terrazas supone una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación; y (ii) De otra, la no justificación de las razones medioambientales que, según el Ayuntamiento de Madrid, fundamenta dicha prohibición.

Comenzando nuestro análisis por esta última consideración, resulta conveniente recordar que el artículo 129.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que "En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios."

Pues bien, tal como se infiere del precedente fundamento jurídico, la prohibición de las estufas de gas en las terrazas, contenido en el texto aprobado definitivamente por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, trae causa de la enmienda presentada, al amparo del artículo 48.5 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, por un concejal del grupo Mixto, que fundamentaba la justificación de su presentación, en el " nuevo texto consolidado del RITE Reglamento de Instalaciones Térmicas en los edificios por RD 178/2021, de 23 de Marzo, que incluye normas para contribuir a las medidas de eficiencia energética."

La parte recurrente cuestiona o pone en duda la justificación de las razones medioambientales que, según el Ayuntamiento de Madrid, fundamenta dicha prohibición. Y lo hace desde una doble perspectiva. De un parte, poniendo de relieve que el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, al amparo del cual la propia enmienda justifica su proposición, no resulta de aplicación a las estufas de gas, consideradas por la propia Ordenanza impugnada como elementos industriales móviles. Y, de otra, recalcando que el Ayuntamiento de Madrid

no ha aportado ningún estudio sobre el nivel y los efectos que, en las emisiones de dióxido de carbono, causan este tipo de aparatos en terrazas.

Ciertamente, asiste la razón a la recurrente cuando señala que el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, de aplicación a las "instalaciones fijas de climatización" (artículo 2), al amparo del cual la enmienda pretende justificar su proposición, no resulta de aplicación a las estufas de gas, dado que estas son consideradas por la propia Ordenanza (apartado 1 .h) del Anexo II) como elemento industrial móvil.

El propio Ayuntamiento de Madrid, en el escrito de contestación a la demanda -página 17-, admite que el citado Reglamento no resulta, tanto desde la perspectiva de su ámbito subjetivo como objetivo, de aplicación a la instalación de las estufas de gas en las terrazas.

Vemos, por tanto, que resulta errónea la única justificación aducida como tal por la propia enmienda que proponía la prohibición de las estufas de gas. En realidad, la mentada justificación errónea es la única que aparece en todo el expediente de elaboración y aprobación de la Ordenanza impugnada.

#### **Décimo.**

Es ya en sede jurisdiccional cuando el Ayuntamiento de Madrid pretende fundamentar o amparar la prohibición de las estufas de gas en las terrazas apelando a razones medioambientales, debido a que las mismas emiten gases con efecto invernadero. En este sentido, señala que la finalidad perseguida no es otra que la de conseguir retirar del espacio urbano de la ciudad de Madrid aquellos elementos que producen un efecto invernadero. Recuerda que el artículo 45 de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de adoptar una posición activa de cara a la protección del Medio Ambiente y a la promoción de la salud de la ciudadanía. Sostiene que la medida adoptada tiene un carácter progresivo, que introduce una limitación, a partir del 31 de diciembre de 2023, constituyendo así una medida clara y precisa, por lo que cumple con los parámetros exigibles a una acción que limita el uso de las estufas. Por otra parte, aduce que se está ejerciendo una competencia propia, siendo la capacidad jurídica del Ayuntamiento de Madrid máxima para adoptar medidas de protección contra la contaminación atmosférica, dentro de las cuales se encuentra una medida como la aplicada. El Ayuntamiento de Madrid tiene capacidad jurídica originaria para adoptar la disposición objeto de controversia, no precisando para ello de un poder normativo derivado del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios.

Igualmente refiere el Ayuntamiento de Madrid que, como titular del dominio público sobre el suelo en el que se instalan las terrazas, está legitimado para establecer los elementos que puede implantar el ciudadano o empresa que obtiene la correspondiente autorización de uso de la terraza. En la demanda no se ha encontrado ninguna disposición con rango de ley que expresamente limite las facultades dominicales del Ayuntamiento de Madrid, en particular, que prohíba cambiar el uso de las estufas de gas que emiten gases con efecto invernadero, por otras, que no los emita.

Pues bien, lo primero que cabe resaltar es que durante el procedimiento de elaboración y aprobación de la Ordenanza impugnada no se ha recabado por el Ayuntamiento de Madrid informes y estudios fidedignos concluyentes sobre los efectos que pudieran derivarse de la adopción de la medida restrictiva acordada, tanto respecto del impacto económico y social, como del impacto en la competencia y en el mercado.

De igual modo, tampoco existe en el expediente administrativo estudio alguno sobre el nivel y los efectos que, en las emisiones de dióxido de carbono, se causan por la utilización de estufas de gas en las terrazas en relación, por ejemplo, con otro tipo de energías, como las eléctricas. Como tampoco existe estudio alguno sobre el porcentaje o proporción en que dichos aparatos contribuyen a las emisiones de gases de efecto invernadero en relación con las distintas fuentes contaminantes. En realidad, en el expediente administrativo no se contiene dato o estudio alguno relativo a la eventual superación, en su caso, de los valores límite de NO<sub>2</sub>.

Evidentemente, debido a las expresadas carencias de información, tampoco se detecta en el expediente administrativo la existencia de informes o análisis sobre la eventual adopción de medidas alternativas a la finalmente adoptada. Como tampoco se detecta un análisis o ponderación de los distintos intereses en juego.

Queda evidenciado, de este modo, un déficit en la justificación de la medida prohibitiva adoptada, con vulneración de los principios que se imponen para el ejercicio de la potestad reglamentaria, contemplados en el transcrito artículo 129.1 de la Ley de procedimiento actual, que obligan a dar cuenta o justificar la finalidad y contenido de la norma reglamentaria. Es indudable, como pone de manifiesto la STS de 4 de abril de 2022, rec. 300/2020, que "el Legislador está imponiendo que en el ejercicio de la potestad reglamentaria se debe justificar esa necesidad, eficacia, proporcionalidad, transparencia y eficiencia que debe concurrir en la norma que se aprueba, es decir, no solo se requiere de manera expresa la motivación de la norma que se pretende aprobar, sino que esa motivación debe abarcar dichos principios".

La insuficiencia justificadora advertida no queda mitigada o justificada por la finalidad de protección del medio ambiente perseguida con su adopción, como parece apuntar el Ayuntamiento de Madrid. Y ello es así por cuanto que, como se pone de relieve en la reciente STS de 2 de noviembre de 2023, rec. 4910/2022, no cabe advertir ninguna especialidad en el control jurisdiccional de actuaciones administrativas preventivas, permanentes y proactivas en protección del medio ambiente. Otra cosa será, como advierte la precitada sentencia, que en el juicio

de preponderar valores " deban tener mayor relevancia los intereses públicos concretamente afectados que, no cabe duda, son los vinculados a la protección del medio ambiente que tiene, en apretada síntesis, un valor esencial en sí mismo considerado --protección de los recursos naturales-y reforzado por los derechos humanos a él vinculados, como son la propia calidad de vida, la salud y la propia vida de las personas". Ahora bien, como aclara la misma sentencia, esa protección tampoco es absoluta, en realidad, ningún derecho fundamental lo es, y requería, en todo caso, el correspondiente juicio de preponderancia, aquí inexistente debido a la ausencia de suficiente justificación de la medida adoptada. A todo ello debe unirse, además, como concluimos en el fundamento jurídico precedente, la circunstancia de que la única justificación aducida como tal por la propia enmienda que proponía la prohibición de las estufas de gas era errónea.

Por otra parte, no resultaría admisible, desde luego, una argumentación en la que se defienda, en última instancia, que la Administración no necesita información alguna para hacer primar la protección del medio ambiente sobre concretos bienes individuales, puesto que, como también pone de relieve la citada STS de 2 de noviembre de 2023, entre los varios principios que se han acuñado en la pluralidad de textos internacionales y europeos en defensa del medio ambiente y de lucha contra el cambio climático, tanto normativos como programáticos, " se destaca el de que en la elaboración de las políticas ambientales se determinen las ventajas y las cargas que puedan resultar, tanto de las medidas que se adopten como de las que se dejen de adoptar, también en relación con la economía de las sociedades afectadas, porque no puede olvidarse que en esa faceta subyace la posibilidad de que puedan prestarse servicios sociales a las comunidades actuales, que no pueden verse significativamente deteriorados con dichas políticas".

Y es que, como nos recuerda la STC 148/2021, de 14 de julio (citada en la STS de 2 de noviembre de 2023), que el examen jurisdiccional del principio constitucional de proporcionalidad " se articula en tres pasos sucesivos. Habrá de apreciar, en primer lugar, si la medida enjuiciada aparece como idónea para la consecución de la finalidad legítima que pretende; si resulta, además, necesaria, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja; y si, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestra, en fin, como razonable, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido ...". Esto es, solo después de esa labor, como se indica en la citada STS de 2 de noviembre de 2023, " podrá realizarse la preponderancia de unos u otros bienes afectados y, lo que no puede desconocerse, la incidencia que las medidas tengan en uno u otros bienes afectados, porque es contrario a la lógica adoptar medidas con una afectación intensa de unos valores dignos de mayor protección".

Y, en el caso concreto, tal como se desprende del expediente administrativo, una vez constatado el desacierto jurídico en la justificación aducida en la propia enmienda que proponía la prohibición de las estufas de gas, queda meridianamente claro, además, la falta de obtención de información necesaria y fidedigna para incluso realizar esa labor para poder preponderar los derechos afectados con la medida prohibitiva adoptada.

En definitiva, en atención, de una parte, al desacierto jurídico de la única justificación ofrecida en la enmienda propuesta, y, de otra, a la falta de obtención de información necesaria y fidedigna para realizar la labor de preponderar los derechos afectados con la medida prohibitiva adoptada, concluimos que la medida de prohibición de estufas de gas en terrazas no ha podido ser debidamente valorada a los efectos de ejercer las potestades discrecionales que ostenta la Administración por no haber podido tomar en consideración los datos que se hubieran obtenido de haberse llevado a cabo los informes, estudios y análisis anteriormente reseñados.

Y es que, como señala la sentencia del TSJ de Cataluña (Sección Quinta) núm. 972/2022, de 21 de marzo, rec. 62/2020, " La existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria no impide el control judicial efectivo sobre los fundamentos sobre lo que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente, los cuales deben exteriorizarse en el procedimiento de elaboración. No se trata de un control meramente formal, sino que debe constatar que el cumplimiento de los trámites ha sido real, efectivo y no meramente aparente, de forma que no se trata en modo alguno de que el juez sustituya la ponderación administrativa, sino que garantice que la misma se ha producido efectivamente".

Ciertamente, no ponemos en duda la amplia potestad discrecional del Ayuntamiento de Madrid, como titular del dominio público sobre el suelo en el que se instalan las terrazas, para establecer el régimen jurídico de los elementos que puede implantar el ciudadano o empresa que obtiene la correspondiente autorización de uso de la terraza. Ahora bien, no es menos cierto, que el ejercicio de dicha amplísima potestad discrecional no puede ignorar las exigencias y principios de buena regulación contemplados en el artículo 129 de la Ley 39/2015, ya citado, así como las consecuencias jurídicas, en su caso, inherentes a su eventual inobservancia ( artículo 47.2 de la Ley 39/2015).

Razones las anteriores que nos llevan a declarar la nulidad del inciso " No podrán instalarse estufas de gas, como tampoco aquellas que emitan gases de efecto invernadero a la atmósfera" del Anexo II 1h). Y, por coherencia con dicha declaración, debemos declarar la nulidad del apartado 4 de la Disposición Transitoria segunda de la referida Ordenanza.

**Undécimo.**

De las anteriores consideraciones se desprende la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo que nos ocupa por lo que, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no se hace expresa imposición de las costas causadas.

VISTOS. Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Que con ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES Y DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GASES LICUADOS DEL PETRÓLEO, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Amaya María Rodríguez Gómez de Velasco, contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración, de 30 de julio de 2013, declaramos la nulidad del inciso " No podrán instalarse estufas de gas, como tampoco aquellas que emitan gases de efecto invernadero a la atmósfera" del Anexo II 1h), así como del apartado 4 de la Disposición Transitoria segunda de la referida Ordenanza. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Firme que sea la presente, de conformidad con el artículo 72 de la LJCA, procédase a la publicación del fallo en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.