

SENTENCIA:

-

N11600

CALLE JOAN LLUIS ESTELRICH, N°. 10.- 07003.- PALMA.-

ac

N. I. G:

Procedimiento:

Sobre:

De D/Dª:

Letrado:

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª

Letrado:

Procurador D./Dª

SENTÈNCIA núm. 425/2015

Palma de Mallorca, a 21 de desembre de 2015

VISTES pel Magistrat del Jutjat Contenciós-Administratiu núm. 3 de Palma de Mallorca, Sr. [REDACTED], les actuacions del recurs contenciós-administratiu **P.O. núm. 125/14**, seguit pels tràmits del procediment ordinari, interposat pel **Srs.** [REDACTED] y [REDACTED] representats pel Procurador Sr. [REDACTED] i assistits per la Lletrada Sra. [REDACTED], contra **l'AJUNTAMENT D'EIVISSA**, representat per la Procuradora Sra. [REDACTED] i assistit per la Lletrada Sra. [REDACTED].

L'objecte del recurs el constitueix el Decret de Batllia de l'Ajuntament d'Eivissa de data 13 de maig de 2014, pel qual es va desestimar el recurs de reposició interposat contra el Decret de 18 de març de 2014, que va atorgar pròrroga per a la ocupació de la via pública i va denegar l'ampliació de la superfície autoritzada, per al [REDACTED] (EXP GE 112 i 113/2014). S'impugna, igualment, l'Ordenança municipal d'ocupació de la via pública i de zones de propietat privada de l'Ajuntament d'Eivissa.

La quantia del recurs es va considerar indeterminada, mitjançant decret de 17 d'abril de 2015.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER.– Interposat el recurs mitjançant escrit presentat al Deganat el dia 7 de novembre de 2014, es va reclamar i rebre l'expedient administratiu, formalitzant-se la demanda en escrit presentat el dia 9 de març de 2015, sol·licitant sentència estimatòria del recurs.

SEGON.– Mitjançant escrit presentat el 16 d'abril de 2015, la representació processal de l'Administració demandada va contestar la demanda sol·licitant la desestimació del recurs, així com la declaració de conformitat a dret de l'acte administratiu impugnat.

TERCER.– Sol·licitada per la part demandada la recepció del judici a prova, així es va acordar en data 29 de juliol de 2015, practicant-se documental amb el resultat que consta en les actuacions.

QUART.– Tot seguit, i pel seu ordre, les parts varen formular les corresponents conclusions escrites, declarant-se conculses les presents actuacions i restant pendents de dictar sentència

CINQUÈ.– En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les prescripcions legals.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.– Objecte del recurs.

L'objecte del present recurs està constituït pel Decret de Batllia de l'Ajuntament d'Eivissa de data 13 de maig de 2014, que va desestimar el recurs de reposició interposat contra el Decret de 18 de març de 2014, pel qual es va atorgar pròrroga per a la ocupació de la via pública i es va denegar l'ampliació de la superfície autoritzada, per al [REDACTED] (EXP GE 112 i 113/2014). S'impugna, igualment, l'Ordenança municipal d'ocupació de la via pública i de zones de propietat privada de l'Ajuntament d'Eivissa.

De l'expedient administratiu s'han de destacar els següents punts:

- La zona afectada per la sol·licitud dels Srs. [REDACTED] figura detallada en el foli 3 de l'expedient, on consta un plànol a escala en el que es grafia la situació dels locals [REDACTED] y [REDACTED], en el cantó dels carrers [REDACTED] a, d'Eivissa. En aquest document es fa palès que tant un com l'altre establiment tenen una zona discontinua, la qual cosa fa que les façanes que confronten amb el carrer [REDACTED] quedin configurades, amb direcció cap a la mar, amb la següent posició:
 - Primer, una línia de 5,98 metres del [REDACTED]
 - Tot seguit, 1,60 metres, per accés a un habitatge
 - A continuació, 2,25 metres, que corresponen a la façana del [REDACTED], que no té sortida a l'exterior en aquest lloc
 - Finalment, 4,01 metres, del [REDACTED], fins arribar al cantó amb el carrer [REDACTED], on segueixen 2,41 metres del mateix local
 - Tot seguit, ja en el carrer [REDACTED], 9,87 metres de façana del [REDACTED].
- Atesa la sol·licitud dels actors per a l'ocupació de la via pública, els serveis tècnics municipals varen emetre l'informe que consta al foli 4, en sentit

favorable pel que fa a la zona que confronta amb les façanes del [REDACTED], i desfavorable per la zona de davant el [REDACTED] del carrer [REDACTED] (de 2,25 metres de façana). Aquest criteri es basava en l'article 13 de l'Ordenança municipal d'ocupació de la via pública i de zones de propietat privada.

- Mitjançant resolució de 18 de març de 2014 es va acordar la pròrroga de la llicència d'ocupació per a la primera zona, i es va denegar l'ampliació per a l'esmentada en segon lloc.
- Contra aquest acord es va interposar recurs de reposició, demanant l'ampliació denegada, el qual, previ informe jurídic, va ser desestimada.
- Contra aquesta desestimació, s'ha interposat el present recurs contenciós administratiu.

SEGON.- Posició de les parts.

La part actora basa la seva demanda en que l'especial configuració dels terrenys aconsella que la ocupació de la zona per a la qual se li ha denegat l'ampliació es realitzi pel [REDACTED] (com en altres anys), ja que la seva autorització per al [REDACTED] és contrària a l'interès general i li provoca danys i perjudicis. Al·lega que el que estableix l'article 13 de la Ordenança s'interpreta de forma incorrecta per l'Ajuntament, i, per això, considera que l'actuació municipal és nul·la de ple dret. Impugna, també, de forma indirecta, aquesta Ordenança, sol·licitant que es deixi sense efecte l'acte recorregut i s'ordeni la rectificació de l'article 13 de l'Ordenança.

La representació processal de l'Ajuntament s'oposa a l'estimació del recurs, perquè considera que l'Ajuntament ha fet ús d'una potestat discrecional, de forma adequada a les previsions de l'Ordenança, en particular, al que preveu el seu article 13.c). Al·lega que la resolució municipal està ben motivada i no ha incorregut en cap infracció legal, perquè s'ha dictat seguint el procediment legalment establert. S'oposa, igualment, a la impugnació de l'Ordenança, que considera plenament adequada a l'ordenament jurídic, sense que es puguin establir reserves de dispensació, com postula la part actora. Ha aportat, com a prova documental, l'autorització que, al seu dia, es va concedir al [REDACTED] per a la utilització de l'espai controvertit.

TERCER.- Sobre la utilització dels bens d'ús públic.

L'article 75 de l'RD 1372/1986, de 13 de juny, pel que s'aprovà el Reglament de Bens de les Entitats Locals, disposa el següent:

"En la utilización de los bienes de dominio público se considerará:

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

a) General, cuando no concurren circunstancias singulares.

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

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

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

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

Mentre que el seu article 77 es refereix a l'ús comú especial, en els següents termes:

“1. El uso común especial normal de los bienes de dominio público se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general.

2. Las licencias se otorgarán directamente, salvo si por cualquier circunstancia se limitare el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación y, si no fuere posible, porque todos los autorizados hubieren de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo.

3. No serán transmisibles las licencias que se refieran a las cualidades personales del sujeto o cuyo número estuviere limitado; y las demás, lo serán o no según se previera en las ordenanzas”.

L'ús comú especial dels béns de domini públic local, al qual ara ens referim, es pot subjectar a llicència, autorització o permís, però no l'hem de confondre amb les figures que, sota la mateixa denominació, tenen per finalitat permetre al subjecte sol·licitant l'exercici d'un dret preexistent, que l'ordenament ha sotmès a aquest tipus d'intervenció administrativa en l'activitat o la propietat privada (llicència d'obres, permís d'obertura, etc.). En canvi, quan parlem de béns d'ús públic, no hi ha aquest dret previ, ja que, com hem vist, el seu destí comú general (natural/normal) és circular-hi, passejar, caminar, o qualsevol altra casta d'utilització que no impedeixi ni limiti la dels demés; i, per això, quan es pretén un altre tipus d'ús, de major intensitat o que limiti el dels altres, en aquest cas, és necessari un títol administratiu habilitant, com és la llicència, autorització o permís a que ens referim, que es pot atorgar de forma discrecional.

Com a conseqüència de les anteriors previsions de caràcter general, l'article 1 de l'Ordenança d'ocupació de la via pública i de zones de propietat privada de l'Ajuntament d'Eivissa –aprovada el 13 d'abril de 1989- sotmet a llicència municipal aquest tipus d'usos, amb determinades condicions. En concret, hem de destacar el que estableix l'article 6, que disposa:

“La Batllia, a la vista de les sol·licituds presentades, atorgarà les llicències que consideri oportunes i compatibles amb els interessos públics”.

O el seu article 8, que estableix:

“ Les llicències es concediran a precari, sense perjudici a tercers i no dispensaran de les autoritzacions que hagin d'atorgar altres organismes, quan pertoqui.”

I el seu article 13, que diu:

“En l'atorgament de llicències es tindran en compte els següents extrems:

- a) La utilització del sòl de la via pública no impedirà el lliure pas a les portes que donin accés als edificis i locals comercials, ni l'ús de la voravia als vianants de forma suficient quan al seu front existeix calçada oberta a la circulació rodada.*
- b) Si el mateix terreny fos sol·licitat per més d'un industrial o societat, la Batllia decidirà la part a ocupar per cadascun, tenint en compte la proximitat de l'establiment de cada peticionari a la parcel·la sol·licitada, la restricció a l'ús*

públic que suposi, el tipus d'ocupació sol·licitada i demás circumstàncies que s'estimin d'interés.

- c) *Per a l'ocupació de la via pública s'intentarà donar preferència a les indústries o societats a les quals correspongui la façana".*

QUART.- Resolució de la controvèrsia.

Un cop exposada la regulació establerta amb caràcter general, podem abordar el cas concret que ens ocupa.

La discrepància rau en la forma en que l'Ajuntament ha aplicat les previsions de l'article 13 que acabam de transcriure, ja que la part actora considera que s'ha fet de forma il·lògica i contrària a l'ordenament jurídic, mentre que l'Administració demandada al·lega que l'Ajuntament s'ha limitat a complir les previsions de l'apartat c) del precepte, tractant-se de potestat discrecional.

A la vista de l'expedient administratiu i del que s'ha exposat en seu jurisdiccional, és veritat que la decisió de l'Ajuntament d'atorgar al [REDACTED] autorització per a l'ús de l'espai comprès entre les dues zones del [REDACTED] al carrer [REDACTED] no sembla la més lògica, atesa l'especial configuració de les edificacions i la seva distribució al llarg del carrer, ja que, d'aquesta forma queda encaixonada aquesta petita franja (6,97 m²) entre altres dues pertanyents a l'altre Bar, amb les conseqüències que això comporta. I és veritat, també, que la dicció de l'article 13 de l'Ordenança, mitjançant una lectura conjunta i teleològica dels seus apartats b) i c), permet atorgar l'autorització al [REDACTED], atès que el [REDACTED] no té cap accés en aquesta zona, la qual cosa faria que el conjunt quedàs més homogeni i integrat. Aquesta seria, en bona lògica, la solució més adient.

Ara bé, tot això que acabam de dir no significa que l'actuació municipal sigui nul·la de ple dret o anul·lable, com postula la demanda. Perquè fos així, s'hauria d'haver infringit alguna norma legal o reglamentària, sense que en el cas present hagi succeït això. La decisió de l'Ajuntament s'ha mogut en el camp de les potestats discrecionals, sense que, com hem dit, hi hagi dret preexistent a la obtenció de la llicència (ni pel fet d'haver-la ostentada en altres anys, ni per la proximitat o qualsevol altra circumstància), la qual cosa implica que, sempre que la decisió municipal no hagi estat arbitrària o irracional, s'ha de considerar adequada a l'ordenament, sense que els tribunals de justícia puguin substituir la voluntat de l'Administració en aquests casos. Tal com, per altra banda, disposa l'apartat 2 de l'article 71 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciós Administrativa, que no permet als òrgans judicials determinar el contingut discrecional dels actes administratius. I en el cas actual, no es pot considerar que la resolució de Batllia contradigui les previsions de l'Ordenança ni de la normativa en que aquesta s'empara; que hauria estat millor, probablement, adoptar la decisió en un altre sentit, sembla que sí, però no per això aquesta infringeix la legalitat, atesa la matèria en que ens movem (no dret preexistent, caràcter discrecional i ús comú especial).

No podem estar d'acord amb l'afirmació de la part actora quan diu que l'Ajuntament ha infringit el principi de legalitat mitjançant la resolució impugnada, perquè el fet que la interpretació que ha realitzat la Corporació de l'article 13 de l'Ordenança no sigui la més lògica, no implica, per si mateix, cap vulneració de l'ordenament jurídic, que hagi de conduir a la seva anul·lació i a l'atorgament de l'autorització als recurrents, ja

que, com s'ha dit, no hi tenen cap dret preexistent que vengui a emparar aquesta obligació.

Hem de tenir en compte, a més, que just al costat de l'espai objecte de controvèrsia hi ha l'accés a un habitatge, la qual cosa provoca que es produeixi una certa ruptura de la continuïtat entre les terrasses del [REDACTED], i que no hi hauria cap problema, tampoc, en que l'espai sol·licitat quedés sense cap autorització per a la seva utilització, ateses les dificultats que pot comportar.

D'altra banda, la part actora afirma que l'espai és explotat per un tercer negoci ([REDACTED]), la qual cosa no ha estat provada en el present litigi, però que, evidentment, de ser certa, hauria de produir l'efecte de deixar sense efecte l'autorització atorgada al [REDACTED] en el seu dia. Però això no és l'objecte del present plet.

En resum, doncs, pertoca la desestimació de la demanda, atès que l'acte impugnat no infringeix l'ordenament jurídic.

CINQUÈ.- Sobre la impugnació de l'Ordenança municipal.

S'impugna també en el present procediment, l'Ordenança municipal d'ocupació de la via pública d'Eivissa, per considerar que s'ha d'ordenar la rectificació del seu article 13, per tal que es concreti la necessitat de tenir accés directe a l'espai públic del que es sol·liciti l'ús.

No sembla que en el cas present ens trobem en el supòsit contemplat en els articles 27 i 123 LJCA, quan parlen de la qüestió de legalitat, ja que en el cas examinat no estam davant d'una norma que per part d'aquest Jutgador es consideri il·legal, sinó que, com acabam de veure, es tracta d'una interpretació possible de la norma esmentada, per la qual cosa no és procedent la formulació de la qüestió esmentada, ni es pot accedir tampoc al pronunciament que sol·licita la part actora, que, per descomptat, no podria correspondre a aquest Jutjat, per mor del que estableixen els articles 8 i 10 LJCA.

En conseqüència, s'ha de desestimar, també, el recurs en aquest sentit.

SISÈ.- Conforme a l'article 139 de la Llei jurisdiccional, no es considera procedent fer imposició de les costes processals a cap de les parts.

VISTOS els preceptes legals esmentats i altres de general aplicació, en nom de S.M., el Rei,

DECIDEIXO

PRIMER: DESESTIMAR EL RECURS CONTENCIÓS ADMINISTRATIU NÚM. 125/14, interposat contra el Decret de Batllia de l'Ajuntament d'Eivissa de data 13 de maig de 2014, que va desestimar el recurs de reposició interposat contra el Decret de 18 de març de 2014, pel qual es va atorgar pròrroga per a la ocupació de la via pública i es va denegar l'ampliació de la superfície autoritzada, per al [REDACTED] (EXP GE 112 i 113/2014), els quals es confirmen.



SEGON: No plantejar qüestió de legalitat sobre l'Ordenança municipal d'ocupació de la via pública de l'Ajuntament d'Eivissa, per no considerar-se contrària a dret.

TERCER: Sense costes.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs d'apel·lació, mitjançant escrit presentat davant aquest mateix Jutjat en el termini de quinze dies següent a la seva notificació, i del que coneixerà, en el seu cas, la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.

Així, per aquesta sentència, de la qual es portarà testimoni a les actuacions, ho pronuncio, mano i signo.