



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 8 de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tfno.: 952604322, Fax: 951766102,
Correo electrónico: JContencioso.8.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906745320220001872.

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 245/2022. Negociado: D

Actuación recurrida: DESESTIMACION SOLUCITUD INSTALACION MESAS Y SILLAS LOC "THE COURT HOUS (Organismo: AREA DE COMERCIO, GESTION VÍA PÚBLICA, Y FOMENTO DE LA ACTIVAD EMPRESARIAL, SERVICIO DE MERCADOS MUNICIPALES, Y VIA PUBLICA, DE LA GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA)

De: [REDACTED]

Procurador/a: CARLOS GUSTAVO DOMENECH MORENO

Letrado/a: MARIA DE LAS NIEVES SALVATIERRA RUIZ-MANTERO

Contra: ÁREA DE COMERCIO Y VÍA PÚBLICA DEL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y ASES. JUR. AYTO. MÁLAGA

Procurador/a:

Letrado/a: S.J.AYUNT. MALAGA

SENTENCIA N° 182/2024

Málaga, 11 de noviembre de 2024

Vistos por mí, D^a Sandra Ortigosa Santisteban, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 8 de Málaga y su partido, los presentes autos de procedimiento ordinario que, bajo número 245/2022 se han seguido ante este Juzgado, a instancia de [REDACTED] representada por el procurador Sr. Carlos G. Domenech Moreno contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, asistido por uno de los letrados de sus servicios jurídicos y atendidos los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Carlos G. Domenech Moreno se presentó, en nombre y representación de [REDACTED] recurso contencioso administrativo contra



el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA frente a la resolución [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso se requirió a la Administración demandada para que en el plazo de 20 días procediera a la remisión del expediente administrativo completo, con emplazamiento de los interesados si los hubiere.

Aportado el expediente administrativo completo se dio traslado a la actora para que formalizase la demanda, cumplimentando dicho trámite en el plazo concedido y dándose traslado de la misma a la Administración demandada.

TERCERO.- Por la asistencia letrada del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, se presentó escrito de contestación a la demanda dentro del plazo concedido en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, solicitaba se dictase sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte actora.

CUARTO.- Practicada la prueba admitida con el resultado que consta, y tras el trámite de conclusiones escritas, se declararon los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]



[Redacted text block containing multiple lines of blacked-out content]





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

[Redacted text block 1]

[Redacted text block 2]

[Redacted text block 3]



[Redacted text block containing multiple lines of blacked-out content]



[REDACTED]

[REDACTED]

SEGUNDO.- El objeto del presente recurso lo constituye la resolución de 10 de mayo de 2022 (F. 133 a 136 EA) en el que se acuerda denegar la ocupación de la zona separada de fachada.

En supuestos como el que nos ocupa, el control judicial ha de reducirse a un control de legalidad de la resolución o acuerdo recurrido, que se plasma en atención a las previsiones constitucionales y del resto del Ordenamiento Jurídico, incluyendo los principios generales del Derecho, como viene reiterando la jurisprudencia, y con ello la configuración legal de la potestad reglamentaria municipal como una potestad discrecional, al conferir un amplio margen de decisión acerca de la alternativa admisible que mejor convenga al interés público que se pretende satisfacer (artículo 4.1 de la LBRL), si bien dentro de los límites que el Ordenamiento Jurídico impone, pues como se recoge en la sentencia de este Tribunal de 1 de septiembre de 2015, al fundamento de derecho quinto: *"Una vez lo anterior sentado y refiriéndonos ya al resto de las cuestiones suscitadas procede señalar que, tal y como se sostiene en el escrito de contestación, la potestad reglamentaria tiene naturaleza discrecional que, precisamente, goza de amplitud cuando, tal y como acontece con las Ordenanzas Municipales, nos encontramos ante reglamentos no ejecutivos en los que únicamente dicha potestad está obligada a respetar los límites previstos en la normativa estatal o autonómica y no recaer en arbitrariedad o desviación de poder o, incluso, en vulneración de los principios generales del derecho"*.

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

"1. Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen.



2. No serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión.
3. Las autorizaciones habrán de otorgarse por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, será de cuatro años.
4. Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.....”

Como señala el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, en Sentencia 520/2014, de 4 de junio de 2014, (Rec. 1616/2012) “(...) El transcrito precepto es una consecuencia ineludible del carácter de uso común especial del dominio público, de acuerdo con el art. 75 RBCL aprobado por RD 1.372/86 de 13 de Junio que expresamente determina que "En la utilización de los bienes de dominio público se considerará: 1º) Uso común, el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará: a) General, cuando no 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 público a que afecte. 4º) Uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino.

De acuerdo con una antigua y consolidada Jurisprudencia de T.S. seguida reiteradamente por ésta Sección 2ª TSJM el uso especial debe ser concedido mediante licencia o autorización, y es además revocable por razones de interés público y en general sin derecho a indemnización, pues en sentido estricto no es más que un acto unilateral de tolerancia por parte de la Administración, mientras el uso privativo debe ser objeto de concesión administrativa de la que nacen verdaderos derechos subjetivos para el concesionario, que en caso de revocación harán surgir el correspondiente derecho de resarcimiento de daños y perjuicios. Por lo que se refiere al tratamiento jurisprudencial del tema, la STS 22-02-1999





establece que "...En la praxis jurisprudencial, el criterio utilizado para distinguir el uso privativo del especial es determinar si existe evidencia de una cierta fijeza y solidez en la instalación y una vocación de permanencia que supongan una "ocupación", o una prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública de que se trate, lo que suele llevar consigo, en alguna forma, la transformación física de la dependencia demanial con la consecuente exclusión en ésta de otro uso distinto del privativo." Señala asimismo que "la instalación en la vía pública de terraza, quiosco, marquesina etc" es subsumible en la autorización que corresponde a un uso común especial del dominio público (art. 61 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1955), y que tal autorización, conforme a los citados artículos 12.1 y 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955 se otorga sin perjuicio de tercero...".

TERCERO.- [Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]



[REDACTED]

La posibilidad de autorizar dos zonas separadas, una en fachada y otra separada de la misma, se encuentra contemplada en el Anexo II de la Ordenanza Reguladora de la Ocupación de la vía pública, en un apartado numerado 10 dentro de las condiciones técnicas comunes de «mesas, sillas y toldos».

En dicho Anexo II se dice que será el Servicio que tenga atribuida la competencia el que delimitará el espacio a ocupar y atribuirá la superficie a cada establecimiento, permitiéndose la ocupación de dos zonas separadas si las condiciones de la calle así lo aconsejan.

En el mismo Anexo II se establecen otros presupuestos que deben cumplirse para autorizar la ocupación con mesas y sillas, así se dice que:

«1. Para poder autorizar la ocupación con mesas y sillas deberá existir en la acera un paso peatonal libre no inferior a 2 metros, descontada la ocupación. Podrá aumentarse este paso peatonal mínimo en función de que aumente asimismo el flujo peatonal en la zona.

Si junto a la acera hubiera calzada, la ocupación con mesas y sillas deberá estar separada al menos 1 metro respecto del bordillo.

2. En todo caso, la ocupación no podrá superar el 50% de la anchura de la acera.



3. *La superficie que se autorice para ocupar la vía pública no podrá en ningún caso ser superior al 75% de la superficie del propio establecimiento, excepto cuando así se determine en un Plan de Aprovechamiento....».*

Continúa el Anexo II estableciendo “Condiciones técnicas comunes de mesas, sillas y toldos”, estableciendo que, en lo que al supuesto de autos es de aplicación:

«1. En cualquier caso, la ocupación de las aceras o espacios públicos con mesas y sillas y toldos, deberá permitir siempre como mínimo un paso libre de 2 metros para el tránsito peatonal, debiendo mantener, en todo caso, una separación de 1 metro a los portales de viviendas, accesos de garajes y vados, pasos de peatones, rebajes para minusválidos, paradas de vehículos de servicio público y de 0,50 metros de las zonas ajardinadas....».

7. La ocupación con mesas y sillas no excederá del 50% de la superficie peatonal total.».

Como ya se dijo en la anterior Sentencia dictada en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 3 de Málaga, en el procedimiento registrado como P.O 281/2021, y dictada también por esta juzgadora en funciones de refuerzo en aquel juzgado, al tiempo de dictarse, en lo que se refería a la zona de fachada no se discutía el cumplimiento de los presupuestos exigidos sobre distancias, a excepción de lo referente a los metros respecto de los que se interesó la autorización (15,82 m²) y los metros finalmente autorizados (13,29 m²). Sobre esta cuestión, resolvía la referida sentencia, siendo cosa juzgada, que: *«los argumentos empleados en la resolución impugnada (F. 27 y 28 EA) y que acoge y reproduce el informe de la Jefa del Servicio de Mercados Municipales y Vía Pública (F. 25 y 26 EA), se muestran suficientes y acertados, motivando así la desestimación del recurso sobre este particular. Y es que, como consta en dicho informe, la fachada del establecimiento respecto del que se solicita la autorización de ocupación no se encuentra alineada con el resto de locales, sino que existe un saliente de 1,45 metros que han debido descontarse del cálculo de los metros disponibles para asegurar el paso mínimo peatonal. Argumento este que resulta además acorde con el art. 6.8 de la Ordenanza, al tener en cuenta las circunstancias reales, como reclama el demandante, y el interés general -que debe prevalecer sobre el particular- evitar así que el peatón deba zigzaguear en la línea de fachada entre mesas y sillas.*



Esta última argumentación resulta igualmente suficiente para desterrar, en lo que se refiere a la ocupación en línea de fachada, los argumentos sobre la reactivación económica, la promoción empresarial y los principios de la Ley sobre la Unidad de Mercado, pues de lo contrario se estaría dando preferencia al interés particular».

En la misma Sentencia referida del P.O 281/2021 seguido ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 3, se acordaba, sin embargo, que no existía motivación suficiente en lo que se refería a la zona separada de fachada, pronunciando este que motivó el dictado del acto administrativo objeto del recurso que ahora nos ocupa.

Se dice en el Anexo II de la Ordenanza que “La autorización no podrá contemplar dos zonas separadas de ocupación (una junto a la fachada y otra separada de la misma), salvo que las condiciones de la calle así lo aconseje”.

En esta ocasión, de la lectura del informe elaborado por la Jefa del Servicio de Mercados Municipales y Vía Pública (F. 127 a 131 EA), y que se reproduce en la resolución recurrida (F. 133 a 136 EA) se debe concluir que la misma cuenta con una motivación adecuada y suficiente que permite al recurrente conocer los motivos de la decisión adoptada por la administración. No se limita pues, a citar un precepto sino que, incluye una valoración de los distintos motivos por los que no resulta adecuado -con la salvedad de la referencia hecha a la zona ZAS que se rectifica en el escrito de contestación y se reconoce como un error- en atención a las dimensiones de la plaza, en relación con la Ordenanza, la saturación de la misma con la existencia de multitud de establecimientos con terraza, y las consecuencias que derivarían de la autorización, al implicar ello, en base al principio de igualdad, la necesidad de conceder idéntica autorización al establecimiento colindante, implicando ello una ocupación de la plaza superior al 50% de la vía pública, algo que no permite la ordenanza.

Y los argumentos empleados en el informe y reproducidos en la resolución resultan bastante para rechazar las manifestaciones hechas en el escrito de demanda sobre las distancias y porcentajes de ocupación de la vía pública permitidos, pues a ello se da respuesta. Refiriendo las circunstancias concurrentes al tener en cuenta la zona ajardinada, la existencia de otros muchos establecimientos que también tienen terraza y el hecho de ser una zona de gran afluencia, extremo este conocido por cualquier ciudadano de Málaga, y que por tanto es un hecho público y notorio.



No se produce con la resolución la infracción del principio de igualdad y proporcionalidad pues lo cierto es que, en la plaza en cuestión no existe ningún establecimiento que tenga autorizada la ocupación separada de fachada, así lo manifiesta el técnico municipal, refiriéndose además que la solicitud de autorización de otro establecimiento de la misma plaza para ocupar vía pública separada de fachada le fue también denegada. Por lo que ninguna prueba se ha desplegado sobre esa falta de igualdad y proporcionalidad que se alude, y sin que quepa admitir la comparación con otras plazas pues para ello tendría que tratarse de plazas con idénticas dimensiones, con número igual de establecimientos ocupando la vía pública, y cuyas autorizaciones para ello se hubieran formulado todas bajo la misma normativa.

Por último, tampoco pueden acogerse las manifestaciones referentes al hecho de que la resolución resulta contraria a la promoción empresarial y el fomento del empleo, infringiendo los art. 5 y 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, pues no cabe duda de que estos principios tienen límites evidentes, como es la aplicación de la ley, y siendo la resolución recurrida conforme a la ordenanza, no puede ceder la aplicación de esta a tales principios.

De este modo, con fundamento en todo lo dicho, considerándose la resolución conforme a derecho, procede la desestimación del recurso.

CUARTO.- En materia de costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho y observando lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos y teniendo en cuenta que la Ley 37/2011, entró en vigor el 31 de octubre de 2.011, procede imponer las costas de este recurso contencioso-administrativo a la parte demandante con el límite máximo de 600 euros atendiendo a la cuantía del recurso y las circunstancias concurrentes.



Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que **DESESTIMO** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador Sr. Carlos G. Domenech Moreno, en nombre y representación de [REDACTED] contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA frente a la resolución de fecha 12 de mayo de 2022, con imposición de las costas a la demandante, con el límite máximo de 600 euros.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase. Una vez firme la presente resolución devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia junto con testimonio de esta resolución.



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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

