

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIÓS ADMINISTRATIVA
SECCIÓ CINQUENA

Rotlle d'apel·lació núm. 573/2014

SENTÈNCIA Núm. 808/2017

Il·lms. Srs.:

President

Sr. Alberto Andrés Pereira

Magistrats

Sr. José Manuel de Soler Bigas

Sr. Francisco Sospedra Navas

Sra. Ana Rubira Moreno

Sr. Eduard Paricio Rallo

A la ciutat de Barcelona, 3 de novembre de 2017

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (secció cinquena) ha pronunciat la següent sentència en el recurs d'apel·lació núm. 573/2014, interposat per l'Ajuntament de Girona, representat pel procurador Sr. Ignacio López Chocarro i dirigit pel lletrat Sr. Lluís Pau i Gratacós, essent part apel·lada C i representades pel procurador Sr. Albert Rambla Fàbregas.

Ha estat ponent el magistrat Il·lm Sr. Eduard Paricio Rallo, que expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS

PRIMER.- Al procediment ordinari núm. 95/2013, seguit davant el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 2 de Girona, es va dictar sentència en data 17 de setembre de 2014 mitjançant la qual es va estimar parcialment el recurs interposat per la part recurrent

SEGON.- La representació de l'Ajuntament de Girona va interposar en data 14 d'octubre de 2014 recurs d'apel·lació contra l'anterior sentència, recurs mitjançant el qual va demanar sentència que, estimant el recurs d'apel·lació, revoqui al sentència apel·lada i desestimi el recurs inicialment interposat per l'actora, amb imposició de les costes processals a la recurrent.

Hom fonamenta el recurs en el fet que la cessió de l'espai públic per ala instal·lació de les barraques durant els dies de la fira de Sant Narcís no comporta transformació del domini públic, de forma que queda sotmesa llicència, essent així que l'atorgament de les llicències correspon a l'Alcalde, en aquest cas a la Comissió de Govern local per delegació d'aquell.

TERCER.- El recurs va ser admès a ambdós efectes i va ser traslladat a la representació de l'actora, que s'hi va oposar, tot demanant la confirmació de la sentència apel·lada i la imposició de les costes processals a l'apel·lant.

QUART.- Un cop es van elevar les actuacions a aquesta Sala, es va formar el corresponent rotlle d'apel·lació, es va designar magistrat ponent i, atès que no es va demanar la recepció a prova en aquesta alçada ni la celebració de vista, es va assenyalar data per a la votació i resolució del recurs.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- En el recurs d'instància l'actora va impugnar l'acord adoptat per la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Girona en sessió de data 29 de juny de 2012. L'esmentat acord va aprovar el sistema de gestió i condicions per a la cessió gratuïta d'instal·lació de parades per a la venda de begudes i entrepans durant les fires de Sant Narcís 2012 a entitats de la ciutat de Girona.

El recurs va ser estimat parcialment en considerar que la cessió de l'espai ha de ser qualificada com un ús privatiu, de forma que la competència per a l'atorgament de les llicències corresponia al ple municipal d'acord amb allò que disposa l'article 50.14 del Reial Decret 2568/86 i l'article 221.2 del Decret legislatiu 2/03.

Pel que fa a la discriminació de les entitats d'àmbit supramunicipal, la sentència apel·lada no es pronuncia en estimar-se el recurs per l'anterior raó, sense perjudici d'assenyalar la manca de legitimació de la recurrent per actuar en nom de les entitats afectades.

La representació de l'Ajuntament de Girona formula recurs d'apel·lació contra l'anterior sentència. Com s'ha esmentat, al·lega en el mateix que la cessió de l'espai públic per a la instal·lació de les barraques durant els dies de la fira de Sant Narcís no comporta transformació del domini públic, de forma que queda sotmesa a llicència, essent així que l'atorgament de les llicències correspon a l'Alcalde, en aquest cas a la Comissió de Govern local per delegació d'aquell.

Per la seva part, l'actora s'oposa al recurs tot argumentant que la resolució impugnada no consisteix en l'atorgament de la llicència o llicències sinó en un acord de caràcter general o una norma abstracta i general que defineix les bases per a l'esmentada concessió, de forma que queda sotmesa al procediment i a la competència corresponents als reglaments, ordenances o disposicions municipals.

Afegeix que l'actora és una entitat perjudicada per la discriminació de les entitats supramunicipals, de forma que queda legitimada.

Finalment la recurrent argumenta que l'Ajuntament ha introduït l'anterior discriminació trencant la tradició seguida fins aleshores, anant contra els propis actes i sense justificar el nou capteniment.

SEGON.- Per definir el règim jurídic de la cessió de l'espai públic efectuat amb motiu de les fires de Girona cal, en primer lloc, determinar davant quina modalitat d'ús estem. L'article 218 de la Llei municipal i del règim local de Catalunya -Text refós aprovat per Decret legislatiu 2/03- classifica la utilització del domini públic en l'ús comú general, o especial si concorren circumstàncies singulars de perillositat, d'intensitat o altres semblants, i l'ús privatiu. Per la seva banda l'article 57.1 del Reglament de patrimoni dels ens locals -Decret 336/1988- disposa que l'ús privatiu és el constituït per l'ocupació directa o immediata d'una part del domini públic, de manera que limiti o exclogui la seva utilització per altres interessats.

L'article 218 de la Llei municipal i del règim local de Catalunya preveu que l'ús privatiu inherent a l'afectació dels béns i el que comporta transformació o modificació del domini públic queda sotmès a concessió administrativa, mentre que l'ús privatiu que no comporta transformació ni modificació del domini públic queda subjecte a llicència.

Ahora, l'article 221 de la mateixa Llei disposa que les concessions sobre béns de domini públic corresponen a la competència del ple, amb imposició d'una majoria qualificada en el cas de les concessions la qual durada superi els cinc anys o siguin de quantia superior al 10% dels recursos ordinaris del pressupost, i també les concessions d'aprofitaments de béns comunals.

L'anterior plantejament queda reproduït al Reglament de patrimoni dels ens locals. L'article 56 disposa en aquest sentit que l'ús comú especial es pot subjectar a llicència, i l'article 57 preveu respecte l'ús privatiu que, si no comporta la transformació o la modificació del domini públic, queda subjecte a l'atorgament d'una llicència d'ocupació temporal.

Per la seva banda, l'article 21 de la Llei 7/1985, reguladora de les bases del règim local, atribueix a l'alcalde la competència per atorgar les llicències en general, llevat les que quedin expressament atribuïdes al ple per la legislació sectorial. Un plantejament que queda reproduït a l'article 41 del Reglament d'organització, funcionament i règim jurídic de les entitats locals -Reial Decret 2568/1986-. Per contra, l'article 50 d'aquesta darrera norma atribueix al ple municipal la competència per a la transacció dels béns, l'alienació o disposició dels mateixos, o la seva cessió gratuïta a altres Administracions o institucions d'interès públic.

L'acord impugnat qualifica la utilització de l'espai públic que és objecte d'adjudicació com un ús privatiu del domini públic. La distinció de l'ús comú especial i l'ús privatiu no és senzilla. La jurisprudència ha establert en aquest sentit que l'ús privatiu es caracteritza pel fet que hi hagi una vocació de permanència en la utilització de la parcel·la per part del particular o que la instal·lació tendeixi a la solidesa i sigui mes o menys fixa (Tribunal Suprem, sentència de 12 de juliol de 2006, recurs núm. 16/05).

Per tant, a l'hora de diferenciar l'ús comú especial de l'ús privatiu cal fer una estimació sobre les anteriors característiques. En el cas que ens ocupa estem davant una ocupació del lloc en el que s'instal·la una parada o caseta de caràcter totalment provisional, no fix, sense vocació de permanència. Es tracta d'una ocupació que havia de durar entre el 28 d'octubre i el 8 de novembre de 2012, o

sigui, 12 dies. Per tant probablement caldria qualificar aquesta ocupació com un ús comú especial.

Sigui com sigui, tant si es tractava d'un ús comú especial com un ús privatiu, el regim jurídic era el mateix si la utilització no comportava transformació del domini públic, com és el cas. En tots dos supòsits la utilització estava sotmesa a llicència, de forma que la competència pel seu atorgament corresponia a l'Alcalde.

Com s'ha esmentat, l'actora posa èmfasi en que no s'impugna l'atorgament de les llicències sinó l'aprovació de la disposició que regula aquest atorgament. Considera en aquest sentit que cal estar al regim de procediment i competència previst per a les normes municipals.

El cas és que el nombre de llicències per a les parades o barraques de les fires era limitat, de forma que l'Ajuntament quedava obligat a establir un sistema d'adjudicació d'acord amb els principis d'objectivitat, publicitat i concurrència. Així ho disposen els articles 56.4 i 57.3 del Reglament del patrimoni dels ens locals abans esmentat i així es deriva en general de la normativa de llibertat de prestació de serveis -article 12 de la Directiva 2006/123/CE i article 8 de la Llei 17/09, de transposició-.

Aquesta obligació suposa la necessitat d'establir i publicitar unes bases que organitzin l'adjudicació de llicències d'acord amb els anteriors principis. No és aquest un instrument de naturalesa normativa, doncs no té les notes de permanència i modificació de l'ordenament pròpies de les normes. Estem davant d'una disposició de naturalesa similar a les bases de la licitació d'un contracte i la competència correspon a l'òrgan competent per atorgar les llicències en qüestió. Es tracta simplement d'una forma d'atorgar les llicències.

En definitiva, la competència per aprovar la resolució impugnada corresponia a l'Alcalde, en aquest cas a la Junta de Govern Local segons l'acord de delegació aportat per la representació municipal amb la contestació a la demanda.

TERCER.- La disposició impugnada limita les llicències a les entitats o associacions amb un àmbit d'actuació estrictament local, sense afany de lucre, inscrites al Registre municipal d'entitats ciutadanes de Girona amb una antiguitat mínima de dos anys. Aquest enunciat inclou diverses limitacions o discriminacions. L'actora va qüestionar la referida a l'àmbit d'actuació, tot plantejant que les associacions o entitats d'àmbit supramunicipal sempre havien pogut accedir a la fira. Com s'ha esmentat, argumenta que l'Ajuntament ha trencat la tradició seguida fins aleshores, anant contra els propis actes i sense justificar el nou capteniment.

La representació municipal no nega aquest canvi de criteri, però entén que estem en un àmbit de discrecionalitat administrativa.

Doncs bé, certament l'Ajuntament gaudeix d'un marge de discrecionalitat per definir el perfil de la fira i les persones o entitats que poden accedir a muntar una parada o barraca. No es pot mantenir en aquest punt una vinculació al precedent doncs l'Administració pot modificar anteriors plantejaments en funció de noves circumstàncies o d'acord amb les prioritats que considerin oportunes en cada

moment. Això no exclou, però, la necessitat de respectar les normes substantives i els principis generals que siguin d'aplicació, i també l'obligació de motivar l'elecció discrecional que pugui fer i, en el seu cas, el canvi de capteniment respecte situacions precedents. Així ho imposa l'article 54, apartats c/ i f/ de la Llei 30/92.

La discriminació que l'actora qüestiona planteja s'ha de prendre jurídicament com una invocació al principi d'igualtat. El Tribunal Constitucional ha establert de forma constant que aquest principi té un caràcter relacional i requereix l'aportació d'un paràmetre de comparació, de forma que la diferència de tracte quedi palesa entre grups, persones o situacions subjectives homogènies o equiparables (STC 96/2002). D'altra banda, per que el tracte desigual esdevingui alhora inconstitucional, cal que es constati que aquesta desigualtat no tingui justificació objectiva, raonable, o aquesta resulti desproporcionada (STC 46/2000).

En el cas que ens ocupa es pot deduir que el paràmetre de comparació es refereix a les entitats d'àmbit local. La qüestió és, doncs, en quina mida, la limitació de la fira a aquestes darreres entitats té una justificació raonable i proporcional.

Doncs bé, no es pot considerar desproporcionada o no raonable la limitació que ens ocupa doncs estem davant una festa d'abast local, de forma que té sentit que les entitats d'aquest mateix àmbit tinguin preferència per muntar parades o barraques i puguin estrènyer la relació amb els ciutadans als que s'adrecen i representen. Val a dir en aquest sentit que la Llei 7/85 estableix un seguit de drets exclusivament adreçats als veïns, com ara la participació en la gestió municipal, o la utilització dels serveis públics -article 18-. Alhora, els articles 69 i 70 bis remarquen el deure municipal de facilitar la participació ciutadana dels seus veïns i l'article 72 els imposa específicament l'obligació d'afavorir el desplegament de les associacions de veïns, facilitant-les l'ús de medis públics i els ajuts econòmics corresponents per a la realització de les seves activitats.

Per tant, la discriminació que ens ocupa troba base en la normativa general, i té el seu sentit en la correspondència entre l'àmbit local de l'Ajuntament, l'abast també local de la festa per raó de la qual s'organitza la fira i l'àmbit de les associacions cridades a participar-hi.

Pel que fa a l'obligació de motivar el canvi de criteri municipal, no consta certament a l'expedient administratiu l'esmentada motivació. Tanmateix, estem davant un problema formal, davant un motiu d'anul·labilitat en els termes de l'article 63 de la Llei 30/92 que només té repercussió invalidant en la mida que hagi pogut generar indefensió material. El cas és que ni l'actora invoca aquesta situació d'indefensió, ni es pot constatar la mateixa atès que la recurrent ha pogut defensar-se des d'un bon indici amb ple coneixement de causa.

QUART.- No es constaten les circumstàncies determinats per a la imposició dels costos processals.

ATESOS els fonaments esmentats,

HEM RESOLT

Primer.- Estimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació de l'Ajuntament de Girona contra la Sentència de 17 de setembre de 2014, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm. 2 de Girona en el procediment ordinari núm. 95/2013, que es revoca, i desestimar el recurs inicialment interposat per l'actora.

Segon.- No efectuar pronunciament sobre les costes causades.

Notifiqueu aquesta sentència a les parts fent saber que contra aquesta es pot interposar, si s'escau, recurs de cassació, que s'haurà de preparar davant d'aquesta Secció en el termini de 30 dies des de la seva notificació, d'acord amb l'art. 89.1 LJCA en la redacció donada per la LO 7/2015, en relació amb allò previst a l'art. 86 i següents de la LJCA

Porteu-ne testimoniatge a les actuacions principals.

Així, per aquesta nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- El dia d'avui i en audiència pública, l'Il·lm. Sr. Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència anterior. En dono fe.