

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00147/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL
Teléfono: 926 278885 Fax: 926278918
Correo electrónico:

Equipo/usuario: E01

N.I.G: 13034 45 3 2018 0000244
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000122 /2018 /
Sobre: AD
De D/Dª:
Abogado:
Procurador D./Dª: EVA MARIA SANTOS ALVAREZ
Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA

En Ciudad Real, a 10 de Julio de 2019.

La dicta D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Magistrado- Juez del juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de esta ciudad, habiendo conocido los autos de la clase y número indicado, seguidos entre:

- I) D. _____, debidamente representado por DÑA. EVA Mª SANTOS ALVAREZ y asistido por D. CARLOS JAVIER MUÑOZ DE MORALES como parte demandante.
- II) EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, debidamente representado por D. JULIÁN GÓMEZ LOBO YANGUAS y asistido por DÑA. MARÍA MUÑOZ ORTEGA como parte demandada..

Ello se hace en consideración a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha de 23 de Abril de 2018 se interpuso recurso contencioso administrativo por el representante de la parte demandante frente a la parte demandada, acompañando cuantos documentos exige el art. 45 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

SEGUNDO.- Es objeto del procedimiento contencioso administrativo *la resolución dictada por la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Ciudad-Real, recaída en el expediente AYTOCR2018/2474.*

TERCERO.- Que mediante decreto de fecha de 8 de Mayo de 2018 y tras los oportunos requerimientos se admitió a trámite el recurso contencioso administrativo por el Letrado de la Administración de Justicia, acordando requerir el expediente administrativo a la administración demandada y ordenando que la misma practicara los emplazamientos a que hubiera lugar de conformidad a lo dispuesto en el art. 49 LJCA.

CUARTO.- Que en fecha 18 de Mayo de 2018 se recibió expediente administrativo, siendo presentada la demanda rectora del procedimiento en fecha de 27 de Julio de 2018. Admitida por decreto de igual fecha, fue contestada en fecha de 19 de Septiembre de 2018.

En el suplico de la demanda se solicitaba que *se dicte sentencia que recoja los siguientes pronunciamientos: Primero.- Se declare la nulidad de la resolución impugnada por indefensión, mandando retrotraer el expediente al momento de su inicio, ordenando se notifique a mi mandante la existencia del procedimiento, para así posibilitar su personación en defensa de su derecho. Subsidiariamente, se declare la nulidad de la resolución, por falta de motivación, mandando retrotraer el trámite hasta el momento de su dictado. Segundo.- Para el caso de que se entienda que las resoluciones están debidamente adoptadas, desde el punto de vista formal, se dicte resolución revocando la impugnada y se declare que la terraza de mi mandante deberá tener la superficie, contenido y accesorios de los que venía disfrutando, con la composición autorizada por prórroga automática, condenando a la administración demandada a estar y pasar por ello. Subsidiariamente, se declare lo anteriormente solicitado, con la merma de la carga de noventa centímetros, para paso entre la terraza de mi mandante y la colindante de la titularidad del RESTAURANTE LA POSADA. Tercero.- Se condene a la administración demandada al pago de las costas del presente litigio..*

QUINTO.- Que por petición de las partes se acordó ó el recibimiento del pleito a prueba, debiendo la misma versar, tal y como se expone en los escritos rectores sobre los hechos que constan en la demanda y en el expediente administrativo remitido a los presentes autos, junto con el interrogatorio de la demandada y la testifical de José

SEXTO.- Que, practicada la prueba en fecha de 15 de Noviembre de 2018, se dio traslado a las partes para que formularan las conclusiones en la forma prevista en el art. 64 LJCA, siendo presentados los escritos en tiempo y forma de manera sucesiva por demandante y demandado, quedaron conclusas las presentes actuaciones a la espera del dictado de la presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las alegaciones de las partes.

1.1º.- La demanda. Dice la demandante que es titular del establecimiento abierto al público, destinado a la venta de helados, en temporada de verano, y otros productos, el resto del año, sito en Plaza Mayor, número 6 de esta Capital, conocido por HELADERÍA EL DESEO. El referido negocio venía disfrutando desde antiguo, con la preceptiva concesión municipal, de una terraza, compuesta de 20 veladores, con 4 sillas cada una, que abarcaba, tanto la proyección de la fachada del local de su titularidad, como la del colindante por la izquierda entrando, con el consentimiento de su titular. Esta situación venía manteniéndose hasta el presente año, en que el titular de un negocio de restaurante, conocido como “RESTAURANTE LA POSADA”, colindante con mi mandante, por la derecha entrando, solicitó la ocupación de terreno de uso público, para instalar otra terraza, aneja a su local.

Manifiesta que sin embargo este año al colindante se le concede el uso del espacio necesario para seis veladores, los mismos que a mi mandante. Con dos particularidades que desde la Corporación no han tenido a bien explicar. Se concede al colindante el uso de espacio público, sito ante la fachada de mi mandante, cuando la norma general es otra y además se priva a mi mandante del uso de parte del espacio público que venía utilizando con el consentimiento del colindante por su izquierda entrando, sin que de ello se obtenga ningún beneficio para los interesados. De manera que, recordamos que inaudita parte, se reduce la concesión a mi mandante, del uso de espacio público apto para soportar veinte veladores a seis.

Señala que no se han explicado los criterios y que hay espacios vacíos que han podido ser utilizados por las terrazas sin que hasta el momento así se haya hecho.

Considera que el procedimiento tramitado le causa indefensión y por tanto debe declararse la nulidad del mismo al ser interesado y no haber tenido participación en la concesión de las licencias anteriores, lo que le ha impedido cualquier participación en el procedimiento y, además, considera que la resolución está falta de motivación.

1.2º.- La contestación de la administración. Tras hacer un análisis de sus peticiones y de la demanda sostiene que la parte demandante está recurriendo la solicitud de su propio velador y no del velador del otro local en cuestión. Cita una serie de preceptos de la Ordenanza reguladora de veladores y señala que se ha actuado como se tiene indicado actuar tanto en la ordenanza como en las sentencias que la han interpretado en los casos de concurrencia de más de un interesado. Igualmente señala que no procedía la renovación automática al haberse variado las circunstancias de base sobre la que se concedió y se ha producido una modificación de la misma, siendo que la anterior había perdido vigencia. Con base en ello y, partiendo que se está impugnando la resolución que se dicta a petición suya no hay indefensión de tipo alguno. En relación a la motivación, señala que la misma se encuentra en la equidad y la ordenanza.

SEGUNDO.- Expediente administrativo.

Comienza el expediente administrativo con el texto de la Ordenanza, así como con el decreto que otorgaba con anterioridad los veladores sobre el dominio público en

cuestión en número de 20. La fecha del decreto, tal y como puede verse (doc. 2) es de 10 de Septiembre de 2013.

En el doc. 3 se puede ver la petición de veladores por la mercantil MARFIL ROMEO S.L. de fecha de entrada de 30 de Enero de 2018 por el cual se solicitaban 9 veladores y los correspondientes toldos para “la posada del sol”.

En el doc. 4 se puede ver que se propone no otorgar los 9 veladores a la posada del sol, proponiendo 6, pues considera que debe aplicarse el criterio de equidad y, por tanto, proceder al reparto del espacio disponible.

El doc. 5 determina que por la variación de circunstancias respecto de otros años se proponga la concesión de 6 veladores al hoy demandante atendidos los criterios de la Ordenanza en cuestión y sin autorizarse los toldos.

El doc. 6 es un documento que, ciertamente, es difícil en cuanto a su calificación, pues dice que la resolución “no es definitiva” en tanto no se presente recurso de reposición y que tiene voluntad de presentar tal recurso, que se documenta en el doc. 7, de contenido muy similar a la demanda.

El doc. 8 es una respuesta de la concejala de medio ambiente en el que se informa nuevamente de los motivos y se señala que no se puede acceder al mismo y que ajuste la terraza a lo previsto en el decreto hoy impugnado, manifestando que no se suspende la eficacia de la cuestión presente.

El doc. 9 es un escrito en el que se manifiesta discrepancia con la cuestión señalada por la concejal, a la que no se considera competente y señala igualmente que no se puede saber qué es exactamente tal escrito anteriormente citado.

El doc. 10 reitera la petición de suspensión, señalando que se denegó en el escrito del concejal numerado como 8.

El doc. 11 contiene la resolución de la Junta de Gobierno Local de fecha de 8 de Abril de 2018 mediante la cual se desestima el recurso de reposición señalando que ya se había denegado la suspensión con anterioridad y que la cuestión de la misma se basa en la existencia de otros interesados y en el mayor número de veladores solicitados.

Los restantes documentos guardan relación con la pretendida suspensión del acuerdo en cuestión. La ampliación del expediente ahonda en la documentación de la concesión de 2013.

Igualmente declaró el testigo José _____ que dijo que la heladería deseo las ha informado las licencias en 2012 y en la de este año. El demandante tenía concedida una terraza. Es para el año de instalación y se prorrogan si las condiciones son las mismas. Caducó el 8 de Diciembre de 2017. Se acaba en Diciembre. Si no hay cambio de circunstancias se prorrogan. Se solicitó también por el restaurante la posada que está al lado. Cuando se hizo una inspección lo que dice la Ordenanza

es que se deben cumplir las condiciones técnicas y hay 12.1, 14.1 y 15.2 que dice que de forma genérica se ubicarán frente a la fachada o al lado. Se determinan las condiciones. Equitativamente es la distribución de un módulo. Se distribuye equitativamente y lo máximo posible. Es lo máximo que se puede establecer.

No le consta que fuera notificada la resolución del restaurante la posada. Sólo se le notificó la resolución que a él le concernía. Se debe suponer que todos los informes gráficos del servicio donde constan los planos de las terrazas se dibujan a la misma escala. El plano que se aporta con la ampliación es erróneo. Es un informe que se hace en 2009 por un técnico y entonces no estaba vigente la ordenanza de 2012. Se aportó en 2013 y en 2013. Cree que es una equivocación. En principio no debe haber uno ochenta porque no hay elementos para ello. Es del año 2006 y él no hizo el informe. No ha habido cambio de criterio. Según se observa en el plano número 5 lo que se hace es un reparto equitativo. Sólo se refieren a informes técnicos y no jurídicos. Él hace informe técnico conforme a la ordenanza y no los hace jurídicos. Entiende que es equitativo un reparto igualitario. Considera equitativo que el paso debe ser 90 centímetros para cada uno de los lados, habría que autorizar 3 mesas a cada local. Él no ha comprobado que haya 1,80 centímetros. El módulo es 1,7 por 1,7. El módulo real son dos o cuatro metros. Con poco no se pueden desplazar. Algunos hosteleros no los colocan bien o se mueven. Los servicios técnicos no deben velar por la comodidad.

TERCERO.- Sobre la posición del demandante ante la petición propia y la petición del vecino. La indefensión alegada.

3.1º.- La ocupación del dominio público viario. Se ha de partir de una base: la zona sobre la que se asientan las terrazas de los locales hosteleros son de dominio público y, por tanto, no hay más derecho a su ocupación que el que se obtenga a través de las oportunas licencias o autorizaciones, salvo el de los casos de uso común general (art. 86 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP). Ello, que es una obviedad es importante, pues los títulos habilitantes están sujetos a una caducidad por el mero lapso de tiempo (art. 92 y 94 LPAP) y, por tanto, no puede admitirse la existencia de derechos adquiridos respecto del dominio público fuera de los casos previstos por las normas de gestión del mismo. No existen derechos adquiridos frente al dominio público, más que en muy excepcionales casos y por causas transitorias que aquí no se dan y que requieren además un reconocimiento legal.

Esta idea general se reproduce en la Ordenanza de ocupación del espacio público que dice en su art. 11.1 que *La vigencia de las autorizaciones que se concedan se corresponderá con el periodo de funcionamiento autorizado.* Igualmente dice el art. 11.5 que *La instalación de la terraza no podrá realizarse hasta que se obtenga el documento individual de autorización.*

3.2º.- La situación del demandante desde la finalización de un periodo de funcionamiento a otro. Pues bien, partiendo de lo anterior, cabe decir que mientras dura la concesión para el uso viario (entramos ya en el asunto concreto) el beneficiario de la misma ostenta un derecho a mantener el mismo de conformidad

con las disposiciones vigentes. Ahora, ese derecho decae por el lapso del tiempo y lo que sucede es que mantendrá una expectativa de derecho a que el mismo se renueve. En la Ordenanza en cuestión el art. 11.2 dice *Para proceder a la renovación de la ocupación, el titular deberá estar al corriente de sus obligaciones frente a la Administración Municipal. Para los supuestos en que no varíen los requisitos y circunstancias tenidas en cuenta para la temporada anterior, la autorización de ocupación se entenderá automáticamente renovada mediante el pago de la exacción fiscal correspondiente dentro del periodo establecido. El incumplimiento de lo recogido en el presente párrafo supondrá la extinción de la autorización.*

Por tanto si atendemos al art. 11.5 y al art. 11.1 y 11.2 resulta claro que hay un periodo en el que ningún derecho se ostenta sobre el dominio público en el que durante la temporada se instalan los elementos de las terrazas, pues el derecho se extingue y no hay un derecho a la renovación más que si las circunstancias han variado y siempre que se haya abonado.

3.3º.- Circunstancias en las que considera existente la indefensión. Atendido lo anterior hay que decir que no se llega a determinar claramente la indefensión. Alega indefensión dentro de su procedimiento porque no tuvo participación en el otro, aunque tampoco nos consta qué se le privó de alegar en su reparto.

Cabe decir, según consta en el expediente, que:

- La autorización para la instalación de veladores (doc. 2 del expediente) tiene vigencia estival y ampliada, lo que hace que, de conformidad al art. 20 de la Ordenanza concluyan los aprovechamientos en el día de la Inmaculada (ampliada).
- La presentación de la solicitud por el tercero se hace en fecha de 30 de Enero de 2018, lo que hace que quede fuera de la temporada.

Por todo lo anterior se puede decir que lo que el hoy demandante tendría respecto de la renovación no es un derecho perfeccionado a ello, sino una mera expectativa del mismo, lo que es diferente. El derecho se obtiene cuando se renueva o se obtiene la autorización (Art. 11.5 de la Ordenanza), pues se repite no hay más derecho sobre el dominio público que el que se concede conforme a la ley.

3.4º.- Conclusión. Ello significa que, conforme al art. 4.1 L. 39/2015 haya de darse traslado del mismo, pues no ocupa la posición del interesado titular de derechos (Art. 4.1.b LPAC), sino el del titular de intereses (art. 4.1.c LPAC) y que, por tanto, tiene legitimación o la condición de interesado si se persona para ello.

CUARTO.- Motivación de la decisión.

4.1º.- Doctrina general. En relación a la motivación de los actos administrativo sancionadores hay que señalar que en relación a la motivación de las resoluciones administrativas es un requisito de forma que se encuentra en el art. 54 de la Ley

30/1992 de 26 de Noviembre, igual que el art. 35 de la nueva Ley 39/2015. Ello implica el tratamiento que de estos defectos formales se da en las leyes de procedimiento administrativo, restrictivo en cuanto a la apreciación de estos y limitado en cuanto a sus consecuencias.

La doctrina, encabezada por García de Enterría considera que la motivación es reconducir una decisión a una regla de derecho, señalando los hechos en los que se asienta y exteriorizando la norma que determina la consecuencia, expresando la relación entre unos (los hechos) y la decisión mediante la aplicación de la norma. Se ha de tener también muy presente lo que señala, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de Junio de 1982 que afirma que el Tribunal Supremo señala que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa no acarrea nulidad ni falta de motivación.

En este orden de cosas la STS, secc. 7ª, de 31 de Julio de 2013 resume y aclara lo aquí señalado cuando afirma que *“Como dice la STS de 14 de abril de 2011 (Recurso 1/2009) ” La motivación de los actos administrativos, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo cuya reiteración excusa de cita expresa, cumple una doble finalidad, de un lado, da a conocer al destinatario de los mismos las razones, concretas y precisas aunque no sean exhaustivas, de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento, la parte interesada pueda impugnar su contenido ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez --esta es la segunda finalidad--, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que justifican la misma, ex artículo 106.1 CE . El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992 , se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento. Ahora bien, este déficit de motivación puede ser un vicio invalidante como hemos señalado, o de mera irregularidad sin trascendencia para la validez del acto, en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues sólo si se conocen pueden impugnarse ante esta jurisdicción. Se trata, en definitiva, de determinar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 , cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez que estipula el indicado precepto legal. Recordemos que el defecto de forma "solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados", según nos indica el citado artículo 63.2."*

En suma, la motivación es la expresión o manifestación de las razones de la decisión -aspecto formal- y en la coherencia, corrección y razonabilidad de la argumentación -aspecto material-, cuya existencia en el presente caso, por congruencia con la alegación del recurrente, obliga a precisar si la resolución sancionadora "sopesa las específicas circunstancias concurrentes en el caso en cuestión para lograr la debida adecuación entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, de manera que la infracción apreciada sea determinada en congruencia con la entidad de los hechos, las circunstancias concurrentes, tanto en la persona de la recurrente, como en el órgano judicial y en el personal del Juzgado.

4.2º.- Motivación del acto administrativo. El acto original señala que *Habiendo solicitado el titular del local colindante, autorización para la instalación de Terraza de Veladores en emplazamiento autorizado anteriormente a HELADERIA EL DESEO, C.B. con NIF E13331525, titular de la actividad de HELADERÍA EL DESEO sita . en PZA MAYOR, 6 de Ciudad Real, y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 12.1, 14.1 y 152 de la Ordenanza Reguladora del Aprovechamiento de Terrenos Públicos o Privados de Uso Público, por lo que se establece que, en relación con la instalación de Terrazas de Veladores, "De forma genérica, se ubicarán frente a la fachada del establecimiento y lo más próxima a la misma", "En zonas peatonales, entre módulos de peticionarios distintos, el paso libre será de 1,80 metros lineales", así como que "En caso de establecimientos colindantes, el espacio susceptible de ocupación se distribuirá equitativamente entre los solicitantes" (...) consta el cuadro con los elementos autorizados y después consta *Mobiliario e instalaciones complementarias que se autorizan: Ninguno. Mobiliario e instalaciones complementarias que se deniegan: Se reduce el mobiliario de 20 módulos M4 + 2 toldos móviles de 6m x 5m (30 m2)/C.U. a 6 módulos M4. NOTA.- No pueden autorizarse los toldos móviles, puesto que las dimensiones del emplazamiento de la Terraza de Veladores (5,1m x 3,4m), es inferior a las dimensiones de los toldos móviles (6m x 5m).**

La reposición señala que se ha solicitado una petición por un tercero y que ello le lleva a que no sea automática la renovación. Por tanto indica igualmente que se ha intentado aplicar la regla de la equidad en el reparto del espacio por considerar que se han modificado las circunstancias.

4.3º.- La motivación desde la perspectiva formal. Su existencia. Atendidas las circunstancias se puede ver claramente que existe. Es decir, se dan unas razones para la modificación de las decisiones que anteriormente se habían adoptado.

4.4º.- La adecuación de la motivación y la aplicación de la Ordenanza. En este sentido se ha de recordar que la motivación también ha de ser adecuada y suficiente, tal y como antes se ha expuesto, teniendo presente que, en este tipo de asuntos, los documentos gráficos pueden tener la misma función que los textos escritos de cara a justificar y exteriorizar los criterios y finalidades de la motivación.

4.4.1.- Atendido a ello la cuestión central es determinar si existe motivación y justificación del "reparto equitativo" que se ha señalado. Ya se ha expuesto en

alguna ocasión, tanto en este juzgado como en el número 1 de esta misma ciudad, el criterio que se considera aplicable a esta cuestión. Así decíamos, por ejemplo, en el PO 157/2016 que en cualquier caso la equidad desde el punto de vista jurídico administrativo en este caso es indiscutible que configura un concepto jurídico indeterminado además de un principio general del derecho y que, por tanto, debe tratarse como tal. Recordemos que el concepto jurídico indeterminado y su revisión judicial es una cuestión compleja y que ha sido objeto de una evolución en su concepción.

Así la STS de 19 de Septiembre de 2011 dice que *“Para comprender mejor lo que significa la correcta aplicación de cualquier concepto jurídico indeterminado, acude el recurrido a la más autorizada doctrina (citada también por la recurrente), y señala que “conviene notar (...), para evitar un malentendido bastante frecuente sobre el que suelen construirse las críticas ulteriores, que esa “unidad de solución justa” a la que nos referimos no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento [el presente caso, la oferta que resulta adjudicataria del concurso como “mejor” o de “mayor interés portuario”] o es (..) o no lo es, lo que remite a una “apreciación por juicios disyuntivos”, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente”. A lo que los citados autores añaden: “(...) hay que hacer notar que en la estructura de todo concepto indeterminado es identificable un núcleo (..) o “zona de certeza”, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto” (...), más o menos precisa, y, finalmente, una “zona de certeza negativa”. La existencia, por tanto, de un “margen de apreciación” de la Administración en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, situado precisamente en el ámbito del denominado “halo del concepto” o “zona de incertidumbre”, y no en sus zonas de “certeza positiva” o de “certeza negativa”, ha permitido a nuestra jurisprudencia matizar el control de su correcta aplicación, con especial insistencia en la apreciación de las pruebas practicadas al respecto en el proceso contencioso-administrativo. Así, la línea jurisprudencial (Sentencias de 25 de mayo de 1998 ; de 13 de junio de 1988 ; de 10 de octubre de 1987 -; de 24 de julio de 1987 -; de 15 de diciembre de 1986) insiste en la necesidad de probar los presupuestos que condicionan los efectos pretendidos mediante la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, tanto si éste se utiliza por una determinada norma como si se trata de un elemento reglado aplicable de cualquier otro modo al ejercicio de una potestad discrecional técnica administrativa”.*

La equidad, desde una perspectiva jurídica, tiene según existe una general aceptación doctrinal, varios componentes fundamentales y que sirven para resolver este supuesto. Los mismos se refieren a los términos *“aequalitas”* de naturaleza romana o igualdad en la aplicación de la ley por un lado y la *“humanitas”* o mitigación del rigor de la norma (raíz estoica y canónica) por otro. El fin no es otro que buscar lo que dice el Tribunal Supremo siguiendo la tradición aristotélica de la equidad (*epiqueya*), la justicia del caso concreto, para evitar la creación de situaciones manifiestamente injustas a través de la aplicación rigorista y automática de la norma (*summum ius, summa iniuria* que dijo sobre esta cuestión Cicerón). Es

un fin teleológico por tanto el de la equidad, que es lograr los resultados más justos y ajustados al fin de la propia norma que por finalidad institucional debe tener a dicha justicia como objetivo, lo que supone la necesaria búsqueda de un equilibrio entre los diferentes intereses legítimos en liza y respetuosos con las reglas y principios a tener presentes en el caso concreto.

Quizá es más depurada en la afirmación del componente de igualdad la concepción anglosajona de la equidad, pues la propia estructura del sistema jurídico anglosajón la hace menos encorsetada que en los sistemas continentales, siendo que se puede mencionar la máxima “*equality is equity*” como una importante concepción de esa equidad.

Dos cuestiones hay que tener presentes que son que el espacio público a usar por los veladores es limitado y que no tiene una propiedad individualizada o un uso preferente, siendo que tampoco está limitado por las fachadas sino que genéricamente existe como criterio preferente el de la fachada como límites, pero ello siempre que no existan obstáculos para ello o se creen situaciones injustas o de abuso de derecho, como sería que la existencia de obstáculos implicaran una merma en el espacio aprovechable y se hiciera recaer sólo a uno de los concurrentes tal merma, o se hiciera con una aparente igualdad que hiciera mucho más gravosa a uno que a otro tal cuestión.

4.4.II.- Pues bien, atendiendo el croquis gráfico que se nos ha dado y las explicaciones que también se han dado por el testigo es evidente que la igualdad se ha mantenido, pues tanto derecho tiene el hoy demandante como el bar de al lado a tener espacio público, pues el régimen aplicable no viene determinado por la prioridad en el uso del espacio público. No sólo no viene determinado por la prioridad en el espacio público, sino que no puede venir porque ni tiene mayor o mejor derecho por llevar veinte años como dice, ni puede limitarse la competencia con prórrogas indefinidas y excluyentes de terceros sobre el espacio del dominio público, ni hay norma que así lo imponga.

4.4.III.- Ahora bien, aquí lo que no se explica es por qué se traslada hacia la zona del demandante parte de la terraza del otro colindante, dejando una zona libre que podría estar ocupada (de hecho en el plano de 2013 lo estaba) y se elimina la zona que se encuentra delante de la tienda. Ello no aparece justificado en ningún plano de los que se ha dado razón y, ni tan siquiera se ha justificado por el testigo.

4.5°.- En conclusión no podemos asumir como equitativo algo que lo que está es aparentemente equivocado, o cuanto menos, no se explica la merma de la zona de la tienda.

Podrá ser equitativo, el reparto del lado referente a la Posada del Sol, pero no se entiende que deba limitarse por ningún concepto de equidad una zona que no está en concurrencia se deje libre, que es la zona de la tienda, o por qué hay una zona libre en los planos del año del litigio y no la hay en los otros entre la esquina del acceso de vehículos y el local colindante al hoy demandante.

La reducción, a falta de más explicación, es injustificada y por tanto debe considerarse contraria a la propia ordenanza, pues no parece justificado en la equidad que se limite por una zona no discutida y que se mueva la terraza hacia un lado dejando un espacio libre que antes no existía sin explicar por qué y que además supone la cesión de un mayor espacio.

QUINTO.- Consecuencias.

5.1º.- La trascendencia de su transgresión, en cualquier caso, ha de ser valorada conforme al caso y atendiendo a las condiciones de la misma. Así la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 18 de Diciembre de 2015 dice que *"...Como tiene dicho la Jurisprudencia (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1992) "Se ha dicho que no hay derecho menos formalista que el Derecho Administrativo y esta afirmación es plenamente cierta. Al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce siquiera con carácter general virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad, salvo aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera de plazo previsto, cuando éste tenga carácter esencial o se produzca una situación de indefensión".*

"El procedimiento administrativo y la vía del recurso ofrecen al administrado oportunidades continuas de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, lo cual contribuye a reducir progresivamente la inicial trascendencia de un vicio de forma o una infracción procedimental. Así, por ejemplo, si el interesado no fue oído en el expediente primitivo, esa falta puede eventualmente remediarse con la interposición del correspondiente recurso cuya propia tramitación, incluye un nuevo período de audiencia y vista del expediente. En otros casos, la omisión inicial del trámite de audiencia puede entenderse, salvo en algún caso, subsanada y se hace intranscendente, no pudiendo dar lugar en buena lógica a la nulidad del acto y en este sentido se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Por otra parte, la interposición de un recurso permite a la Administración poner en juego los poderes de convalidación que le reconoce la Ley, y subsanar los defectos iniciales una vez advertida su existencia, así como permite al administrado la constancia de todos los elementos de hecho y de Derecho que sirvieron de base al acto administrativo impugnado, así como formular las alegaciones y ofrecer las pruebas necesarias para desvirtuarlos".

Pues bien, y en relación con lo anteriormente manifestado, para que la falta o defecto de motivación produzca la anulabilidad del acto es necesario que la misma haya ocasionado una indefensión efectiva en los interesados, lo que no se da en el presente supuesto por las razones apuntadas. En efecto, no cabe hablar de indefensión efectiva cuando, de uno u otro modo, la actuación administrativa en cuestión cumple con la finalidad mínima de proporcionar al interesado todos los elementos necesarios y suficientes para una adecuada defensa por su parte frente al

acto de que se trata y para su revisión en vía de recurso. En el presente supuesto, a la vista del tenor de la resolución resolutoria de la alzada, no cabe considerar la existencia de la falta de motivación denunciada, según se ha expresado.

5.2º.- Pues bien si partimos de todo lo dicho hasta aquí:

- Produce indefensión al no explicar cuestiones básicas del reparto, como es la reducción por un lado que no se justifica con la concurrencia de tercero y la limitación de un espacio que anteriormente estaba ocupado, generando una carga aparentemente no justificada.
- No cabe la petición principal porque no se aprecia indefensión en el hecho de no haber intervenido en la otra licencia, sino que se aprecia únicamente en la resolución del procedimiento de licencia.
- No cabe restaurar la licencia anterior porque no tiene derecho a mantenerla al haber variado las circunstancias consistentes en la concurrencia con un colindante.
- No procede imponer la limitación de 90 centímetros únicamente que solicita, pues atendiendo al espacio disponible hacia un lado y que no se sabe por qué se ha limitado no podría determinarse si es o no equitativo la determinación de la misma. Se entiende que esta cuestión es esencial para determinar el resultado, pues la equidad debe ser determinada en función de la totalidad del espacio necesitado. Hay que recordar que la pretensión subsidiaria del segundo apartado es que se otorgue la antigua autorización, que como hemos visto no tiene derecho a obtener, con esa merma, lo que ya de antemano hace inviable la pretensión, a menos que pudiera ser jurídicamente posible en parte si se analizan diferentes cuestiones en su conjunto que aquí no se han determinado.

5.3º.- Por tanto, aparece como única solución el que se retrotraigan las actuaciones para que se vuelva a dictar la misma, atendiendo a que es imposible con la información que se tiene aquí dar una respuesta a la pretensión de plena jurisdicción y que sea el ayuntamiento quien corrija los errores si los hay o explique las modificaciones, pues no hay elementos suficientes para dictar sentencia respecto de la pretensión subsidiaria, pues para que se ajustara a derecho se habría de ponderar el conjunto de espacios y su configuración, lo que no se conoce ni se puede determinar en la presente.

5.4º.- En conclusión se aprecia el defecto de motivación, se anula la misma y se retrotraen las actuaciones para que se pueda dictar otro acto en el que se resuelva de manera motivada y se explique el por qué de los movimientos de esa terraza, o se modifique las cuestiones que puedan no ajustarse a derecho atendido lo aquí señalado.

SEXTO.- Pronunciamientos, costas y recursos.

6.1º.- El recurso debe ser estimado en parte (art. 70.2 LJCA) y por tanto debe anularse el acto impugnado (art. 71.1.a LJCA) y ordenar que se dicte otro de conformidad a lo expuesto en esta sentencia y con libertad de criterio para ajustarse a la propia legalidad (art. 71.1.c LJCA) en el plazo de un mes desde la firmeza de la presente sentencia.

6.2º.- No procede imponer costas a ninguna de las partes.

6.3º.- La presente es susceptible de recurso de apelación (art. 81.1 LJCA).

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y en uso de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución española,

FALLO

Que ESTIMO de manera PARCIAL el recurso contencioso administrativo y en consecuencia:

1º.- ANULO la resolución impugnada.

2º.- ACUERDO que se dicte otro acto administrativo de conformidad a lo expuesto en esta sentencia y con libertad de criterio para ajustarse a la propia legalidad en el plazo de un mes desde la firmeza de la presente sentencia.

No se imponen costas.

La presente resolución **no es firme** y podrá ser recurrida en apelación conforme a lo dispuesto en el art. 81 y ss. por los trámites y en los plazos previstos en el art. 85 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, previa constitución de un depósito de 50 € conforme a la DA 15ª de la LOPJ en la cuenta de consignaciones 5138 0000 22 012218.

Procédase a dejar testimonio de esta sentencia en las actuaciones, y pase el original de la misma al Libro de Sentencias. Una declarada la firmeza de la sentencia, devuélvase el expediente a la Administración pública de origen del mismo.

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

PUBLICACION. - La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Sr. Magistrado-Juez que la dictó y firma, constituido en audiencia pública. Doy fe.



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 tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

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