

SENTENCIA N.º 2044/20.
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACIÓN N.º 3381/2019

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE:

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS:

D. ANTONIO JESÚS PÉREZ JIMÉNEZ

D. EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ

D. RAFAEL GARCÍA SALAZAR

En la ciudad de Málaga, a veintiséis de noviembre de 2020.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el recurso de apelación núm. 3381/2019, interpuesto por ██████████ representada por el Procurador Sr. Bueno Guezala y asistida por el Letrado Sr. Sierra López, contra la Sentencia núm. 189/2019, de 20-05-2019, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Málaga, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 689/2015, siendo apelado el demandado en aquellos autos, el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y asistido por el Letrado -de sus Servicios Jurídicos- Sr. Romero Hernández, habiendo intervenido ante el Juzgado el tercero interesado ██████████ que no ha comparecido en esta instancia; se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Jesús Pérez Jiménez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación de ██████████ se interpuso en su día recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta (silencio



negativo), por el Ayuntamiento de Málaga, de su solicitud, formulada el 30-07-2014, "... de iniciación de expediente para que, previa su procedente tramitación, se acceda a la modificación de la autorización de ocupación de vía pública concedida al establecimiento de bar-cafetería [REDACTED] en el sentido de limitar la misma a la colocación de mesas y sillas en la [REDACTED] revocando dicha autorización respecto de la [REDACTED]".

SEGUNDO. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Málaga dictó, en ese recurso tramitado con el núm. 689/2015, sentencia de 20-05-2019 desestimando el contencioso promovido.

TERCERO. Contra dicha sentencia se interpuso, por la parte actora, recurso de apelación, que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas por el plazo legal para formular oposición, con el resultado que consta, tras lo cual se elevaron los autos y expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número de rollo 3381/2019.

CUARTO. No habiéndose acordado el recibimiento a prueba, la celebración de vista ni la presentación de conclusiones escritas, quedaron las actuaciones, sin más, para deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar, previo señalamiento y designación de ponente, en la fecha fijada al efecto.

QUINTO. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (L.J.C.A.).

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El objeto de esta alzada es la sentencia de 20-05-2019, del Juzgado núm. 2 de Málaga, en los autos núm. 689/2015, que desestimó el recurso contencioso-administrativo de la [REDACTED] contra la denegación por silencio de la solicitud señalada.





Conviene recordar lo instado por cuya presunta desestimación se accionó. En las primeras líneas del escrito presentado el 30-07-2014 se decía (el subrayado es nuestro): “... Que ... la Junta de Gobierno Local ... y, por delegación, el Área de Comercio y Vía Pública, es el órgano de esa Administración que tiene asignadas las funciones para el otorgamiento de autorizaciones para instalar mesas, sillas, veladores o cualquier otro elemento análogo en la vía pública, por lo que es competente para ordenar la iniciación de los expedientes relativos a dicha materia, y ... Que es necesaria la iniciación de expediente con el contenido, objeto y finalidad que de seguido se describen; y así procede además por reunirse los requisitos ...”. Y en la parte rogada lo ya dicho, que repetimos (también subrayando lo respectivo que es de interés aquí para resolver): “... Que, teniendo por presentado este escrito, lo admita, dictando acuerdo de iniciación de expediente para que, previa su procedente tramitación, se acceda ...”.

Ergo, lo postulado fue el inicio de un expediente municipal para determinar, conforme a la Ordenanza reguladora de la Ocupación de la Vía Pública (que se invocaba) y demás normativa aplicable, si procedía o no la revocación parcial de autorización que propugnaba la vecina interesada (por causarle molestias el ejercicio de la actividad de hostelería -bar ██████████ en cuanto a los veladores permitidos -cuatro mesas de cuatro sillas- en la parte de la ██████████ -confluente con ██████████ sobre la que recaían -justo encima- las habitaciones de su vivienda).

Es verdad que, en la demanda, como en buena medida también con la solicitud, se “asaltó” el tema de fondo, sobre la procedencia -según la actora- de dicha revocación, al punto de suplicarse el reconocimiento de “... derecho a la revisión de la licencia de ocupación ... en el sentido de limitar la misma a la colocación de mesas y sillas en la ██████████ revocando dicha autorización respecto de la calle Alonso Cano ..., anulando ... (la) desestimación por silencio de ... (la) solicitud ..., con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento ...”.

Y que así, bajo esa perspectiva, la sentencia desestimó el recurso, al no acreditarse o constar vulneración jurídica alguna (singularmente en cuanto a inmisión acústica o ruidos -inadmisibles- por la actividad) para tenerse que acceder a lo solicitado (entendiendo como tal la revocación en sí y no sólo el inicio de un procedimiento para decidir -con audiencia de los interesados y demás pertinentes trámites o comprobaciones- lo correspondiente a ese respecto).





Pero no es menos cierto que entonces se debiera haber rechazado esa pretensión sobre "... *derecho a la revisión de la licencia ...*" por incurrir en desviación procesal en relación con la solicitud de la vía administrativa, entrando subsidiariamente a examinar y resolver sobre el inicio de procedimiento del que se viene hablando. Cosa que no hizo la sentencia de instancia.

De ahí que en su apelación la recurrente diga, entre otras cosas (aunque no deja de mezclarlas, obviando sus propias palabras, antes transcritas, en el redactado del suplico de la demanda), que "... *la Juzgadora "a quo" parece haber entendido que se interesaba del Juzgado la revocación parcial o la modificación de la licencia. No es así: lo que se solicita en la demanda es que el Ayuntamiento inicie expediente de revisión de la licencia, con trámite de audiencia a los interesados -entre ellos y muy principalmente mi mandante-. Es obvio que por parte de esta última se pretende la revocación o limitación del permiso de ocupación bajo los dormitorios de su vivienda y así se ha hecho constar en todo momento ...*". Y que termine rogando en dicho recurso procesal que, con estimación del mismo y revocación de la sentencia impugnada, se ordene "... *al Excmo. Ayuntamiento de Málaga incoar expediente administrativo de revisión de la licencia de ocupación de vía pública otorgada al establecimiento Cafetería-Bar [REDACTED] confiriendo el preceptivo trámite de audiencia a quienes pudieren resultar interesados y, de manera particular, a ... (ella) ...*".

Sea como fuere, sobre la cuestión litigiosa en sentido estricto, no puede dejarse de recordar lo que admitió el Ayuntamiento demandado en su contestación a la demanda (F.D. IV.B):

"... B) LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE OCUPACIÓN DE LA VÍA PÚBLICA ACORDADA EL 24/02/2014.-

Aunque lo deseable era que la Administración ante la petición formulada por la representación de la recurrente en 30 de julio de 2014 (Fols. 29-34, E.A.), para la modificación de la autorización de la (ocupación) de la vía pública del Bar [REDACTED] hubiera incoado un procedimiento con el traslado correspondiente al titular del establecimiento, a efectos de que hubiera podido formular las alegaciones procedentes, lo cierto es que dicha petición no fue objeto de trámite alguno por el Servicio de Vía Pública ... y con ello en razón de lo dispuesto en el art. 43, 1º, segundo párrafo, de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre ... el silencio ante la solicitud se entendía con efecto desestimatorio ...





Sin que con esto queramos justificar la falta de tramitación y respuesta expresa sobre la petición, debe tenerse en cuenta que la petición formulada por la representación de la [REDACTED] se produce a los escasos meses desde que se había adoptado una resolución administrativa en aras de solucionar el conflicto que había puesto de manifiesto la propia recurrente, y que habiendo sido notificada expresamente a la representación de la interesada (v. Fol. 28) se hubiera formulado reparo alguno a dicha decisión municipal, en principio ...”.

En definitiva, consideramos que, aunque hubiera transcurrido poco tiempo desde la resolución que menciona, como reconoce el propio Ayuntamiento, lo procedente era iniciar y tramitar el procedimiento correspondiente, según lo solicitado.

Se va, pues, a estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia apelada y, con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo (se desestima el *petitum* de reconocimiento de “... *derecho a la revisión de la licencia* ...”), ordenar al Ayuntamiento de Málaga que incoe y sustancie, hasta la resolución pertinente, el procedimiento que corresponde (como dicho Ayuntamiento admitió en el Fundamento de Derecho IV.B) de su contestación a la demanda) en relación a la solicitud formulada el 30-07-2014 por la [REDACTED]

SEGUNDO. Dado el sentir de la resolución de esta alzada, y por aplicación del art. 139, I y 2, de la L.J.C.A., no procede hacer especial imposición, a ninguna de las partes, de las costas de primera ni de segunda instancia.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] contra la Sentencia núm. 189/2019, de 20-05-2019, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Málaga, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 689/2015, efectuando los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Revocar y declarar sin efecto dicha sentencia apelada.
- 2.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sra. Beltrán contra la desestimación presunta de solicitud reseñada en el Antecedente de Hecho Primero, que se anula y deja sin efecto, al no ser conforme a Derecho, ordenando

al Ayuntamiento de Málaga que incoe y sustancie, hasta la resolución pertinente, el procedimiento que corresponde en relación a tal solicitud. Con desestimación, en lo demás, de dicho recurso contencioso-administrativo.

3.- No hacer imposición de las costas del recurso de apelación ni de las de la primera instancia.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundara en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente sentencia a través del escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del referido cuerpo legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Málaga para su ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el(la) Letrado(a) de la Administración de Justicia. Doy fe. -

