

Expte.

DI-984/2013-2

**SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL
AYUNTAMIENTO DE FANLO
C/ Única, s/n
22375 FANLO
HUESCA**

ASUNTO: Sugerencias relativas a la gestión municipal en Buerba

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 20 de mayo tuvo entrada en esta Institución una queja donde se reitera un problema que ya fue tratado en 2011 y sobre el que se formuló Sugerencia (que no fue contestada) al Ayuntamiento de Fanlo: las dificultades que padece el bar “El Fresno” del núcleo de Buerba para la instalación de veladores en su puerta. Con la queja se aporta la documentación administrativa correspondiente a alguna de las cuestiones planteadas, de la que se desprenden diversas situaciones que precisan aclaración, relativas a:

- Desatención injustificada a la reclamación presentada por D. ... contra la Ordenanza fiscal nº 4 de Fanlo, que regula la tasa por ocupación de terrenos de uso público con finalidad lucrativa, desestimada mediante un acuerdo plenario de 16/04/12 donde no se motivan las causas que conducen a esta resolución, a pesar de que se alegaba que, en la forma en que había sido aprobada (la tarifa se ha establecido por veladores y además por los metros cuadrados que ocupan estos), supone una doble imposición por el mismo concepto.
- Dificultades para la instalación de veladores en la puerta del referido establecimiento, obligándole a ponerlas al otro lado de la plaza, siendo este punto mucho más incómodo y peligroso tanto para los clientes como para los que les prestan el servicio, al tener que atravesar dicho espacio.

Según se indica, no se ha justificado esta imposición, pues el lugar más apropiado es la puerta del bar, que no supone ningún inconveniente para el tránsito peatonal ni rodado, dada su escasez al ser un núcleo casi despoblado, y por la amplitud de la plaza; los informes técnicos sobre esta cuestión son contradictorios, pues si bien el de 04/07/12 recomienda su instalación “*en la zona de arbolado junto a la iglesia y el cementerio*”, el de 25/07/12 “*aconseja la instalación de las citadas mesas junto a la fachada del bar*”. La documentación gráfica aportada muestra que no se justifica la orden de retirar dichos veladores de la ubicación más natural y habitual en los establecimientos de esta naturaleza, próxima a su fachada.

- Desproporción en la reacción administrativa para retirar unos parasoles instalados mediante unos pequeños tornillos al suelo para evitar que el viento se los lleve, tratarse de unos elementos accesorios a la terraza autorizada por el Ayuntamiento y haber obtenido, por esta razón, el beneplácito del técnico municipal, sin que el dominio público de la plaza haya sufrido menoscabo alguno. Ante ello, se adopta un acuerdo plenario de “*Recuperación posesoria de la plaza de Buerba*”, instando a retirar unos “*piquetes de hierro*” inexistentes y que se “*cese en la usurpación*”, lo que considera no guarda relación con los hechos reales.
- Flagrante desigualdad y trato de favor por parte del Ayuntamiento con el bar vecino “*Casa Lisa*”, regentado por el Teniente de Alcalde, que en la primavera de 2012 modificó la entrada de su establecimiento invadiendo suelo público para hacerse unas escaleras y una rampa, ocupando parte de la carretera de acceso al pueblo, y tiene colocado también sobre suelo público y sin autorización un cartel de publicidad de su negocio. Se indica que esta ocupación de dominio público de forma permanente es conocida por los responsables municipales, sin que se haya adoptado ninguna medida para reconducirla dentro de los parámetros legales.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, asignando el expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 28/05/13 un escrito al Ayuntamiento de Fanlo recabando información sobre las cuestiones planteadas en la queja, y en particular:

- Copia del expediente de aprobación de la Ordenanza fiscal nº 4 de Fanlo, debiendo constar el informe donde se haya calculado el importe de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local conforme a las reglas establecidas en la Ley de Haciendas Locales y justificar la desestimación de la alegación del Sr. .
- Justificación de la razón por la que se impide instalar los veladores del bar “El Fresno” en el lugar solicitado por el interesado.
- Copia del expediente derivado de la “*Recuperación posesoria de la plaza de Buerba*”.
- Actuaciones de recuperación del dominio público afectado por la construcción de escaleras, rampa y cartel del referido bar “Casa Lisa”, o su legalización si procediere, remitiendo copia del expediente
- Indicación relativa a la situación urbanística de esta última obra, su adecuación al planeamiento vigente y si cuenta con licencia urbanística.

TERCERO.- Transcurrido este tiempo, no se ha recibido respuesta del Ayuntamiento. No obstante, la documentación aportada junto a la queja y la comprobación sobre el terreno que realizó el Asesor responsable de este expediente permiten dictar resolución, lo que atendidas las circunstancias (terrazza de un bar en una núcleo de 12 habitantes con turismo estacional, donde la temporada estival resulta vital para la supervivencia del negocio) es preciso que se haga a la mayor brevedad, por lo que se procede seguidamente a examinar las cuestiones planteadas.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Sobre la vigencia de la Ordenanza fiscal nº 4, reguladora de la tasa por ocupación de terrenos de uso público.

La *Ordenanza fiscal nº 4 del Ayuntamiento de Fanlo, reguladora de la tasa por ocupación de terrenos de uso público por mesas, sillas, tribunas, tablados y otros elementos análogos con finalidad lucrativa* está publicada en el Boletín Oficial

de la Provincia de Huesca de 18 de julio de 2011. Según su disposición final, fue aprobada por el Pleno municipal en sesión celebrada el 29 de junio de 2011, habiendo previsto su entrada en vigor *“el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y será de aplicación a partir del día 1 de Julio del 2011”*.

La Ley Reguladora de las Haciendas Locales, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo, establece en su artículo 17 el procedimiento que ha de seguir la elaboración, publicación y publicidad de las ordenanzas fiscales:

“1. Los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se expondrán en el tablón de anuncios de la Entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

2. Las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la Comunidad Autónoma uniprovincial.

3. Finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los acuerdos definitivos que procedan, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario.

4. En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

5. Las diputaciones provinciales

En todo caso, las entidades locales habrán de expedir copias de las ordenanzas fiscales publicadas a quienes las demanden”.

En el presente caso, se aprecian omisiones en el procedimiento seguido para la aprobación de la ordenanza, puesto que se ha omitido un trámite esencial cual es la información pública, privando a los interesados del derecho a formular alegaciones y a que sean resueltas adecuadamente. La *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* diferencia en sus artículos 62 y 62 la nulidad de la anulabilidad de los actos administrativos, produciéndose la primera cuando aquellos hayan sido *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*. En el presente caso no se ha prescindido *“total y absolutamente”* del procedimiento, puesto que la ordenanza ha sido aprobada por el Pleno municipal y su texto se ha publicado en el diario oficial correspondiente, pero es un acto anulable debido a la expresada omisión, que ha dado lugar a la indefensión de los interesados.

La validez de la ordenanza exige su convalidación, para lo que deberá tramitarse nuevamente de acuerdo al procedimiento legalmente establecido, abriendo un periodo de información pública y resolviendo las alegaciones que puedan plantearse. Hasta ese momento no podrá ser aplicada, ni se podrá prever su aplicación con efectos retroactivos, como se indica en la actual disposición final.

Hemos de referirnos ahora a las tarifas previstas en el artículo VI de la ordenanza, que un interesado considera excesivas (aduce que son superiores a las establecidas en Aínsa, municipio de mucho mayor potencial turístico y posibilidad de negocio) y sostiene que suponen una doble imposición, en tanto que se establecen por velador (30 € por temporada) y además por la superficie ocupada, a razón de 6 €/m² adicionales. Sobre esta cuestión cabe señalar:

1º.- Respecto de la cuantía de las tarifas, el artículo 24 de la Ley de Haciendas Locales determina la cuota tributaria estableciendo:

“1. El importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas: a) Con carácter general, tomando como referencia el valor que

tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada”.

Por su parte el artículo 25 del mismo texto legal impone que “Los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente”.

Por tanto, previamente al establecimiento de esta u otras tasas de competencia municipal deberá elaborarse un informe técnico-económico en los términos legalmente establecidos que, fundamentalmente, justifique las tarifas que se fijen.

2º.- Sobre la posibilidad de una doble imposición (por la ocupación temporal del dominio público y por el uso que se da a este espacio), no debemos olvidar que cuando el artículo 20 de la Ley de Haciendas Locales regula las tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local señala diferentes usos: ocupación con mercancías o materiales de construcción, entradas de vehículos a través de las aceras, reservas para aparcamiento, parada de vehículos, carga y descarga de mercancías, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, quioscos en la vía pública, instalación de casetas de venta, espectáculos y atracciones, mesas, sillas, tablados, anuncios ocupando terrenos de dominio público local, etc. Esto implica que la ocupación no es abstracta, sino que está vinculada a un uso de los establecidos en la Ley: en un hipotético caso, no podría concederse para la simple disposición de un espacio público no vinculado a una finalidad concreta de las establecidas en la Ley; por ello, la tasa debe ir vinculada a la ocupación del espacio público para algo (en el presente caso, la instalación de veladores al servicio de un establecimiento de hostelería), sin que se pueda cobrar por la superficie ocupada y además por el uso concreto para el que se ocupa. Por consiguiente, la regulación contenida en el

artículo VI de la ordenanza no es ajustada a la Ley, y por tanto deberá cambiarse y establecer un solo criterio; señalar, a tal efecto, que el de la superficie ocupada es el más adecuado y el que utilizan la mayoría de las ordenanzas fiscales de municipios aragoneses consultados.

Por lo expuesto, la recaudación de los importes previstos en la ordenanza del Ayuntamiento de Fanlo carece de soporte legal, ya que se han incumplido requisitos fundamentales para su aprobación. En consecuencia, no se puede materializar la exacción prevista en la misma, y deberán, en su caso, devolverse por ingresos indebidos las cantidades que se hayan cobrado por tal concepto.

Segunda.- Sobre el lugar señalado para la instalación de los veladores.

La Sugerencia con la que concluyó el anterior expediente tramitado con el Ayuntamiento de Fanlo a causa de su negativa a conceder licencia para la instalación de veladores por carecer de ordenanza se advertía: *“La inexistencia de ordenanza previa no implica tampoco que la concesión de licencia se halle exenta de límites, puesto que en la misma deberán establecerse unas condiciones razonables para evitar perjuicios al interés público o de otras personas: mantenimiento de la seguridad vial, que no impida o dificulte el uso de equipamientos o mobiliarios urbanos (bancos, fuentes, cabinas telefónicas, etc.) o el paso de personas, determinación de horarios de uso, obligación de limpieza, respeto de la estética urbana, prohibición de instalar o almacenar determinados elementos, etc. El peligro de arbitrariedad que teme el Alcalde al conceder directamente la licencia de ocupación queda conjurado si en su otorgamiento se establecen unas condiciones razonables que conjuguen el interés público con el particular y se mantienen de forma general para todas las situaciones similares que puedan presentarse”*.

La obligación impuesta al bar “El Fresno” de instalar sus veladores al otro lado de la plaza, siendo este punto más incómodo y peligroso tanto para los clientes como para los que les prestan el servicio, al tener que atravesar dicho espacio, carece de justificación real, y así se pudo comprobar en la visita realizada. Como indica el interesado, el lugar más apropiado es la puerta del bar, que no genera

ningún inconveniente para el tránsito peatonal ni rodado o para el uso general de la plaza; comprobado este hecho, no encontramos justificada la opción adoptada desde el Consistorio, y tampoco se puede apoyar en razones técnicas, habida cuenta las contradictorias conclusiones que se alcanzan en los dos informes antes aludidos, suscritos por el mismo técnico.

Conforme a lo establecido en el artículo 54 de la Ley 30/1992, cuando una resolución administrativa se dicta en ejercicio de una potestad discrecional debe ser motivada, máxime cuando, como aquí ocurre, se aparta del criterio generalmente seguido por las administraciones locales para autorizar ocupaciones de dominio público con la misma finalidad (artículo 63 de la Ley 30/1992).

Tercera.- Sobre la falta de proporcionalidad de la reacción administrativa para retirar los toldos instalados en la puerta del bar.

El Pleno del Ayuntamiento de Fanlo adoptó en sesión de 15/05/13 un acuerdo que comienza *“Resultando que D. ha procedido recientemente a la ocupación mediante la colocación de piquetes de hierro en la Plaza de Buerba, bien de dominio público propiedad de este Ayuntamiento, sin ningún título que le faculte para esta ocupación. Considerando que de lo anteriormente expuesto se desprende que se ha procedido por parte de D., a una ocupación ilegal de un bien de dominio público, lo que requiere una actuación inmediata por parte de esta Corporación, dentro del marco jurídico que le faculta para recuperar por sí misma, y en cualquier momento, la posesión de sus bienes de dominio público”*. Con ello, el contenido del acuerdo es el siguiente:

“Primero. Ejercitar la acción administrativa procedente para recuperar, de oficio, la posesión del terreno de la plaza de Buerba ocupado recientemente por D. con un unos piquetes de hierro, terreno ocupado sin ningún título.

Segundo. Requerir a D., para que cese en la usurpación y proceda en el plazo de diez días, contado a partir del siguiente a la notificación de este acuerdo, a dejar libre a disposición de este Ayuntamiento el suelo ocupado retirando los piquetes y reponiendo el bien municipal a su estado anterior.

Tercero. Utilizar, en el supuesto de que persistiera en la usurpación, los

medios compulsorios admitidos legalmente, sin perjuicio de la imposición de las multas con que el acto de ocupación pueda sancionarse y, sin perjuicio, también, de la indemnización de los daños y perjuicios que, por razón de la usurpación, fueran procedentes.

Cuarto. Advertir a D. que si no repone el bien a su primitivo estado, se procederá a través de la ejecución subsidiaria, realizando la Administración el acto por sí, a través de las personas que determine, a costa del obligado”.

Concluye señalando que el acuerdo agota la vía administrativa y que contra él únicamente cabe recurso de reposición o, directamente, contencioso administrativo.

La Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, en consonancia con lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local, reconoce a la entidades locales diversas prerrogativas para la defensa de sus bienes (artículo 173), entre las que figura “b) la de recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público y, en el plazo de un año, los patrimoniales”. El Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, perfila esta prerrogativa en sus artículos 62 y siguientes; el artículo 63 establece que para ello deberá seguirse un procedimiento:

“1. La recuperación posesoria en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se trate de repeler usurpaciones recientes.

El acuerdo de recuperación se adoptará previa incoación de procedimiento en el que se dará audiencia al interesado, y que contendrá informe del Secretario o, en su caso, de la Asesoría jurídica, y en defecto de ambos, de un Letrado.

2. La recuperación posesoria se entenderá iniciada con la incoación del procedimiento a que se refiere el párrafo anterior”.

Como se desprende del acuerdo transcrito, se ha omitido un elemento esencial en el procedimiento administrativo como es la audiencia del interesado; por ello, el procedimiento deberá retrotraerse a ese trámite y, tras recibir sus alegaciones a la vista del expediente completo y de los informes obrantes en el mismo, resolver lo que proceda.

Siendo fundamental respetar el procedimiento administrativo y los derechos de los ciudadanos, la transcripción literal del acuerdo se ha hecho por otro motivo adicional: poner de manifiesto una actuación administrativa desproporcionada ante el sencillo hecho de hacer unos agujeros en el suelo para introducir un taco de plástico y sujetar al mismo los parasoles para evitar que se los lleve el viento. Estos “elementos” a ras del suelo, sin sobresalir, y que no se aprecian a simple vista si no se presta especial atención, se ajustan a la descripción que el artículo 75 del Reglamento de Bienes hace para los elementos auxiliares del uso privativo de los bienes públicos, que determina:

“3. No se considerarán instalaciones fijas y permanentes aquellas en que la ocupación se efectúe mediante instalaciones desmontables o con bienes muebles.

4. Se entenderán por instalaciones desmontables aquellas que:

a) Precisen a lo sumo obras puntuales de cimentación, que en todo caso no sobresaldrán del terreno.

b) Estén constituidas por elementos de serie prefabricados, módulos, paneles o similares, sin elaboración de materiales en obra ni empleo de soldaduras.

c) Se monten y desmonten mediante procesos secuenciales, pudiendo realizarse su levantamiento sin demolición y siendo el conjunto de sus elementos fácilmente transportable”.

Contrasta esta reacción con la pasividad municipal que se denuncia ante la ocupación permanente de la vía pública de acceso al núcleo por parte del otro bar para hacer unas escaleras y una rampa e instalar un cartel de publicidad del negocio. Si bien tales hechos se pudieron comprobar personalmente, no se hace ningún otro comentario al respecto, al no tener constancia de la existencia o no de expedientes municipales para corregirlos; en todo caso, debe recordarse la necesidad de actuar de forma igualitaria con todos los administrados.

El examen global de la queja presentada pone de manifiesto diversas actuaciones municipales que, confluyen en perjuicio de un vecino, cuya legítima actividad se ve negativamente afectada. Ante ello, debe recordarse que el artículo 9 de nuestra Constitución establece, entre otros principios básicos, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes

públicos; tal arbitrariedad se produce cuando la Administración no se ajusta a la función de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho que le encomienda en artículo 103 de la Carta Magna.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Ayuntamiento de Fanlo las siguientes **SUGERENCIAS**:

Primera.- Que no aplique la Ordenanza Fiscal nº 4 hasta tanto se haya completado el procedimiento legalmente establecido para su aprobación y, tras su publicación, entre en vigor con efectos desde esta fecha.

Segunda.- Que los actos administrativos que dicte, tanto en general como para resolver las cuestiones objeto de la presente queja, estén debidamente motivados y fundamentados en el interés general, y halle proporción la actividad desarrollada por esa Administración con el problema al que se enfrenta, los medios utilizados y los fines a conseguir.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no las Sugerencias formuladas, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 17 de julio de 2013

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE