

DECISIÓ DE LA SÍNDICA DE GREUGES REFERENT A LA QUEIXA PRESENTADA MATÈRIA DE LLICÈNCIES D'OCCUPACIÓ DE L'ESPAI PÚBLIC

TRAMITACIÓ

- El 13 de desembre de 2018 el ciutadà va presentar una queixa en aquesta Sindicatura en què manifestava el seu desacord amb la manera en què s'adjudiquen les terrasses dels establiments de restauració al carrer Blai quan hi ha concurrència de sol·licituds.
- El 14 de desembre de 2018 la síndica de greuges va admetre a tràmit la queixa, ja que reunia els requisits reglamentaris, i va designar l'assessora corresponent perquè instruís l'expedient.
- La comprovació del fet presumptament greujós ha comportat, en síntesi, l'estudi de les circumstàncies concurrents, l'anàlisi de la normativa aplicable i l'observació de si s'havien aplicat els principis de bona Administració per a la salvaguarda dels drets fonamentals a la ciutat. Amb aquesta finalitat, aquesta Sindicatura ha dut a terme les accions següents:
 - El 14 de desembre de 2018 l'assessora va iniciar l'anàlisi de la documentació oficial presentada per la persona interessada i va demanar informe al Districte de Sants-Montjuïc per tal de conèixer tant les intervencions dutes a terme com les previstes en relació amb la queixa presentada.
 - El 22 de gener de 2019 es va mantenir una reunió amb la gerència, els serveis tècnics i els serveis jurídics del Districte de Sants-Montjuïc.
 - El 18 de març de 2019 es va rebre l'informe del Districte de Sants-Montjuïc en què es donava resposta a la demanda de la síndica de greuges només d'una manera parcial ja que no es responia a totes les qüestions plantejades.
 - Durant els mesos següents aquesta assessoria ha iniciat un estudi de les ordenacions singulars vigents en altres districtes per tal de valorar i comparar les condicions en què s'executen els sortejos per a l'atorgament de les autoritzacions de terrasses quan hi ha concurrència de sol·licituds.
 - El 15 de setembre de 2019 va finalitzar el termini per presentar les sol·licituds de terrasses per a la propera temporada.
- El 21 d'octubre de 2019 l'assessora, a partir de la documentació oficial aportada per la persona interessada, la informació facilitada pel Districte de Sants-Montjuïc i l'anàlisi dels fets, va emetre un informe proposta amb les consideracions següents.

CONSIDERACIONS

Descripció de la queixa

La persona promotora de la queixa exposa que per segon any consecutiu ha quedat un local que regenta al carrer Blai sense possibilitat d'obtenir l'autorització per instal·lar-hi la terrassa, ja que no ha tingut sort en el sorteig que s'ha realitzat al Districte de Sants-Montjuïc en data 12 de desembre de 2018, com tampoc en va tenir l'any anterior en el mateix sorteig que es va realitzar.

El ciutadà manifesta que en data 19 de novembre de 2018 va registrar una instància en què expressava el seu desacord amb la manera en què es realitza aquest sorteig

anual i sol·licitava que es modifiqués el sorteig excloent-hi aquells titulars d'establiments que ja s'havien vist afectats per la impossibilitat de disposar de terrassa en sortejos anteriors, tal com havia recomanat la síndica al Districte, segons li van fer saber els responsables municipals.

El promotor de la queixa diu que en el mateix moment del sorteig se li va comunicar que això no es podia fer, però en canvi ell sap que així s'ha estat fent en altres zones. Tampoc està d'acord amb el fet que no es revisin i inspeccionin a fons altres establiments del seu tram que podran optar a la terrassa i que ell sap que no compleixen totes les normatives en vigor, ja que tan sols per aquest motiu no tindrien dret a presentar la sol·licitud de terrassa.

El promotor de la queixa també manifesta la seva disconformitat amb el fet que aquest any s'hagi traslladat una autorització d'un tram on no hi havia prou sol·licituds a un altre, que malauradament no coincideix amb el seu.

Posició municipal

A partir de l'informe municipal i de la informació oficial aportada a aquesta Sindicatura, resulta que l'Ordenació singular de terrasses del carrer Blai i Blesa fou impugnada en seu judicial contenciosa administrativa pel que fa a les seves previsions horàries, però no pel que fa a les seves previsions relatives a la realització d'un sorteig en aquells trams on hi hagués més sol·licituds que llicències a atorgar. La Sentència 78/2017, de 13 de març (Jutjat Contenciós Administratiu núm. 10 de Barcelona), va resoldre anul·lar l'Ordenació, però l'Ajuntament va recórrer la sentència i actualment l'assumpte encara es troba pendent de resolució davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. I cal afegir que en l'apel·lació no consta sol·licitada la suspensió de l'aplicació d'aquesta en espera de la resolució.

D'acord amb les previsions de l'annex II de l'Ordenança de terrasses de Barcelona, aprovada definitivament el dia 20 de desembre de 2013 pel Consell Plenari, la Comissió de Govern d'aquest Ajuntament, en data 28 de gener de 2016, va aprovar definitivament l'Ordenació singular de terrasses del carrer Blai i Blesa.

D'acord amb l'article 11 d'aquesta Ordenança, el termini per a la presentació de noves sol·licituds de llicència de terrasses, i les peticions de les renovacions de les ja existents, s'hauran de formular abans del 15 de setembre de cada any.

En data 22 de novembre de 2018 es van iniciar les actuacions orientades a la realització del sorteig previst a la disposició transitòria 2a de l'Ordenació singular del carrer Blai i Blesa, per tal d'assignar les llicències de terrasses en els trams on es constata que hi havia més sol·licituds que llicències atorgables, després de comprovada la concurrència i el nombre de sol·licituds.

En data 19 de novembre de 2018 s'havia emès un informe tècnic en el qual es posava de manifest en quins trams s'havia de dur a terme l'esmentat sorteig.

En data 23 de novembre de 2018, la regidora va resoldre convocar el sorteig per al dia 12 de desembre de 2018 a les 12.00 h.

El sorteig es va dur a terme en un acte públic mitjançant l'extracció de boles per cadascun dels trams sotmesos a sorteig. D'aquest acte es va aixecar l'acta pertinent.

L'Ordenació singular del carrer Blai i Blesa, en la seva disposició addicional única, disposa que les terrasses degudament legalitzades restaran vigents fins que no se sobrepassi el nombre de llicències autoritzades que, d'acord amb les dades que formen part de l'annex gràfic, són un màxim de 40 autoritzacions per a tot l'espai públic objecte de regulació i amb un repartiment de les autoritzacions per trams en paràmetres de màxims que no es podran superar i amb una distribució preestablerta.

També es disposa que es respectaran els espais de via pública destinats a la instal·lació de terrasses existents en el moment de l'assignació del 2015 que superin els paràmetres de màxims establerts, fins al moment que s'amortitzin aquelles activitats existents per sobre del nombre establert per a cada tram. En cas que se superin les llicències de terrasses atorgades en algun dels trams en el moment de l'assignació el 2015, d'acord amb la proposta d'aquesta disposició, el nombre màxim d'autoritzacions per a tot l'espai objecte de regulació no podrà superar en cap cas el nombre de 37.

La disposició transitòria segona de l'esmentada Ordenació singular, en el seu segon paràgraf, disposa que l'adjudicació de noves llicències, en cas de concurrència de peticions, es farà mitjançant sorteig públic.

L'article 37 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques, disposa que les resolucions administratives de caràcter particular no podran vulnerar allò establert en una disposició de caràcter general, encara que procedeixin d'un òrgan d'igual o superior jerarquia al que va dictar la disposició general. I són nul·les les resolucions administratives que vulnerin allò establert en una disposició reglamentària, així com aquelles que incorrin en alguna de les causes recollides en l'article 47 del mateix text normatiu.

L'Ordenança de terrasses es va modificar per acord del Plenari del Consell Municipal, en sessió celebrada el 29 de juny de 2018. La disposició transitòria cinquena del text de l'esmentada modificació, l'actual Ordenança de terrasses, estableix la vigència dels decrets de distribucions prèvies o ordenacions singulars, i disposa el següent:

“1. Els Decrets d'aprovació de Distribucions Prèvies i Ordenacions Singulars aprovats a l'empara de l'Ordenança de Terrasses per acord del plenari del Consell Municipal de 20 de desembre de 2013, són vigents fins transcorregut el termini de dos anys a partir de l'entrada en vigor de la norma, llevat que tinguin previst una vigència inferior.

2. Mentre siguin vigents els Decrets de Distribució Prèvia i Ordenacions Singulars, les referències que efectuïn a l'ordenança de Terrasses cal entendre-les efectuades a l'ordenança de Terrasses esmentada a l'apartat anterior.

3. Durant la vigència dels decrets de Distribució Prèvia i d'Ordenació Singular, l'Ajuntament pot modificar-los, d'acord amb el procediment previst per l'Ordenança de Terrasses aprovada pel plenari del Consell municipal de 20 de desembre de 2013.”

La disposició addicional única de la reiterada Ordenació singular estableix que no es pot passar de 37 en el nombre màxim d'autoritzacions en tot l'espai i que es respectaran els espais de via pública destinats a la instal·lació de terrasses existents en el moment de l'assignació del 2015 que superin els paràmetres de màxims establerts, fins al moment que s'amortitzin aquelles activitats existents per sobre del nombre establert per a cada tram.

L'any 2018 es van formular noves sol·licituds en trams on no se superava el màxim establert a l'Ordenació singular i es va haver d'amortitzar 1 llicència del tram 4 que era el que tenia més sol·licituds i estava més saturat.

És per això que, per a la renovació del 2019, s'ha reposat la llicència amortitzada en aquest tram a fi de respectar al màxim l'assignació de 2015 en compliment de la disposició addicional única de l'Ordenació singular, tenint present, a més, que va ser el tram desafavorit l'any 2018 quant a la possibilitat d'obtenir llicència municipal a través dels mitjans previstos a la reiterada normativa d'aplicació.

En conseqüència, a la vista de que encara està pendent el pronunciament judicial al respecte de l'Ordenació singular en vigor, i que els interessats no van impugnar en cap moment el sistema de sorteig de trams, el criteri del Districte ha estat esperar la pertinent resolució judicial al respecte de les qüestions litigioses plantejades i s'ha optat per l'aplicació, en els seus estrictes termes, de la disposició transitòria segona d'aquesta normativa que, en el seu segon paràgraf, disposa que l'adjudicació de noves llicències, en cas de concurrència de peticions, es farà mitjançant sorteig públic.

Tot això, sense deixar de considerar la previsió que el 29 de juny de 2020, en virtut d'allò establert a l'Ordenança de terrasses, haurà de deixar d'aplicar-se l'esmentada Ordenació singular, i s'haurà d'anar a l'ordenació general.

Normativa aplicable

L'article 103 de la Constitució espanyola estableix que l'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals i actua d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb submissió plena a la llei i al dret, i l'article 132 del mateix text constitucional estableix que una llei ha de regular el règim jurídic dels béns de domini públic.

El mateix text constitucional, a l'article 9.3, consagra el principi de legalitat, de seguretat jurídica i la prohibició de l'arbitrarietat dels poders públics.

L'article 105 de la Constitució espanyola regula el procediment a través del qual han de fer-se els actes administratius.

La Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, i amb caràcter estatal, es refereix als títols que habiliten per a l'ús comú especial dels béns de domini públic i determina que, quan s'efectuï amb instal·lacions desmuntables o béns mobles, estaran subjectes a autorització. També preveu que les autoritzacions s'atorguen als peticionaris que reuneixin les condicions, a excepció de si, per qualsevol circumstància, es trobés limitat el seu nombre, cas en què s'atorgaran en règim de concurrència o mitjançant sorteig si no s'haguessin de valorar condicions especials en els sol·licitants.

El Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals de Catalunya, recull en el seu article 56.3 que "l'ús comú especial es pot subjectar a la llicència d'acord amb la naturalesa del bé, els actes d'afectació d'obertura a l'ús públic i les disposicions generals. La llicència s'ha d'entendre sens perjudici de tercers i essencialment revocable per raons d'interès públic i amb dret a indemnització, si s'escau". El mateix article, en l'apartat 4, disposa que, si els sol·licitants són més d'un, s'han de tenir en compte els principis d'objectivitat, publicitat i concurrència.

L'Ordenança de terrasses, aprovada pel Plenari del Consell Municipal el 20 de desembre de 2013 i posteriors modificacions publicades en dates 19 d'abril de 2016 i 12 de juliol de 2018, estableix el règim jurídic general i comú aplicable a les terrasses

que es poden situar en els espais lliures d'ús públic de domini públic o de titularitat privada i regula la intervenció administrativa en aquest àmbit.

L'Ordenació singular de les terrasses del carrer Blai i Blesa, aprovada el 28 de gener de 2016, determina els criteris ordenadors de l'espai que han de regir per a la concessió de llicències per a la instal·lació de terrasses en el carrer Blai i en el carrer Blesa, entre el carrer Nou de la Rambla i l'avinguda Paral·lel, per tal de trobar un equilibri entre l'ús privatiu de la via pública per a l'activitat comercial amb el gaudi per part dels ciutadans de l'espai públic, i proposa una ocupació màxima controlada.

D'altra banda, l'article 41 de la Carta Europea dels Drets fonamentals recull la bona Administració com a principi rector de l'actuació de les administracions públiques.

L'article XXIII de la Carta Europea de Salvaguarda dels Drets Humans a la Ciutat, signada per l'Ajuntament de Barcelona, estableix que les autoritats locals han de garantir l'eficàcia dels serveis públics i la seva adaptació a les necessitats dels usuaris vetllant per evitar qualsevol situació de discriminació o d'abús.

Valoració i conclusions

Aquesta Sindicatura considera, tal com l'any passat ja es va comunicar al Districte en una resolució de queixa, que l'actuació del servei municipal continua sent insuficient, ja que no s'està oferint un tracte just i equitatiu a totes les persones restauradores del carrer Blai i aquest fet suposa un perjudici econòmic per a les persones afectades.

La vigent Ordenança de terrasses preveu com un dels seus objectius afavorir l'equilibri entre els usos de les terrasses i els usos col·lectius de l'espai públic, per tal de garantir, per una part, la qualitat dels espais per a la convivència ciutadana i, per l'altra, el suport i promoció de l'activitat econòmica dels sectors de restauració i assimilats.

Tanmateix, el Manual operatiu de l'Ordenança de terrasses, aprovat per Decret d'Alcaldia en data 26 de febrer de 2015, estableix les disposicions especials sobre terrasses i en el bloc IV, sobre redacció de les ordenacions singulars i distribucions prèvies, disposa que caldrà optar o per la distribució igualitària entre concurrents o la distribució proporcional a la capacitat del local com a sistema d'assignació d'espais.

Amb el sortejos que cada any es realitzen a la seu del Districte per fer l'assignació de les terrasses al carrer Blai no s'aprecia aquest suport a l'activitat econòmica al qual fa referència l'Ordenança d'una manera igualitària i proporcionada per a totes les persones interessades, ja que en aquells trams on hi ha més concurrència de sol·licituds també hi ha més probabilitat de quedar-se sense autorització i el consistori no aplica cap correcció al respecte, tot i haver estat proposades possibles solucions tant per part de les persones afectades com per la mateixa síndica de greuges.

Tal com ja es va traslladar al consistori en la resolució anterior d'una queixa del mes de desembre de 2018 com en la reunió mantinguda posteriorment en data 22 de gener de 2019 a les oficines del mateix Districte de Sants-Montjuïc, aquesta institució considera que la manera en què es realitza el sorteig per a l'atorgament de les autoritzacions de les terrasses als establiments del carrer Blai incompleix l'obligació legal de distribuir de forma equitativa l'espai susceptible d'ocupació que estableix el Reglament del patrimoni dels ens locals a Catalunya i infringeix els principis d'igualtat i proporcionalitat als quals fa referència el Manual operatiu de l'Ordenança de terrasses.

Aquesta Sindicatura és conscient que tant les persones que governen el Districte com els tècnics municipals que s'encarreguen de la seva gestió, són coneixedors del greuge que suposa aquest procediment utilitzat per fer l'assignació de les autoritzacions, tal com s'ha transmès en les reunions mantingudes. No obstant això, el Districte justifica la rigidesa del seu posicionament degut al procediment judicial que hi ha actualment en tramitació i que segons argumenta no permet fer cap tipus de modificació de l'Ordenació singular, encara que el fet jutjat es correspongui a un altre aspecte totalment diferent del que es tracta en aquesta queixa.

Segons manté el Districte, l'Ordenació singular objecte de la queixa continua vigent, ja que la resolució judicial que la va impugnar no ha guanyat fermesa. Per tant, tenint en compte la seguretat jurídica, s'ha d'entendre que, en el marc d'aquesta vigència, regeix la possibilitat d'introduir modificacions, tal com preveu la disposició transitòria cinquena de l'Ordenança de terrasses. I més quan aquestes van en la línia d'adequar els criteris de l'Ordenació singular als del Manual operatiu que interpreta l'Ordenança de Terrasses. Cal recordar que aquest instrument disposa les fórmules a aplicar per a l'assignació dels espais en cas de concurrència, i destaca en primer lloc la distribució igualitària entre concurrents, i en segon lloc, la distribució proporcional a la capacitat del local.

En relació amb la referència que fa el Districte a l'article 37 de la Llei 39/2015, queda clar que en cap cas s'està demanant una situació jurídica individualitzada, i menys contrària a una disposició de caràcter general. El que es pretén des d'aquesta institució és la modificació d'una normativa, l'aplicació de la qual doni un resultat just i equitatiu, en el marc de la bona Administració i molt allunyada d'una possible arbitrietat jurídica.

Així doncs, s'ha d'entendre que el sistema de sorteig seria residual únicament per a aquells supòsits en què, de forma justificada, no es poguessin aplicar altres fórmules. A més, el fet també al·legat pel Districte respecte de la manca d'impugnació del sistema de sorteig de trams, no ha de suposar cap obstacle per a la seva modificació.

Finalment, cal fer esment d'un dels punts referenciats en l'exposició de la queixa i que seria necessari que el Districte tingués molt present en la tramitació de les autoritzacions d'ocupació de la via pública, com és el compliment estricte de les normatives sectorials que siguin d'aplicació a cada establiment que sol·liciti una terrassa. D'aquesta manera, potser es reduiria el nombre de sol·licituds que realment tenen dret a optar a una autorització municipal per a ocupació de l'espai públic.

Aquesta Sindicatura té com a missió valorar si s'ha produït un greuge i, considerats els fets i les normes aplicables, conclou que, en aquest cas, l'actuació del Districte de Sants-Montjuïc no ha estat ajustada a dret ni eficaç.

I, per tant, emeto la següent

DECISIÓ

- Estimar la queixa perquè l'actuació municipal no s'ajusta als principis d'igualtat i proporcionalitat.
- Recomanar al **Districte de Sants-Montjuïc** que cerqui i apliqui un procediment legal per tal que l'assignació de les autoritzacions de les terrasses al carrer Blai sigui justa i equitativa.

Aquesta decisió es comunicarà a l'òrgan municipal competent, se'n donarà compte al Plenari del Consell Municipal en l'informe anual reglamentari i del seu contingut s'informarà la persona interessada.

Barcelona, 28 d'octubre de 2019

