

STS de 24 de Febrero de 2015 (rec.467/2013)

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 467/13 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Mario contra *sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012 dictada en el recurso 73/2012 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla* . Siendo parte recurrida el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor: "FALLAMOS.- 1º Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla de fecha 25 de noviembre de 2011, por el que se aprueba definitivamente la Ordenanza Reguladora de la Feria de Abril de Sevilla, por resultar ajustado a Derecho. 2º Condenar a la recurrente al pago de las costas causadas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de D. Mario , presentó escrito ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, preparando el recurso de casación contra la misma. Por Diligencia de Ordenación la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... dicte en su día sentencia por la que estime el recurso y se declare no conforme a derecho los artículos reseñados a lo largo del escrito por ser contrarios a derecho...".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "... declare no haber al mismo, con imposición de costas a la recurrente".

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 17 de febrero de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Mario contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 13 de diciembre de 2012* .

El asunto versa sobre el criterio para el otorgamiento de las autorizaciones de ocupación temporal del dominio público, a efectos de la instalación de las casetas de la Feria de Abril. El apartado segundo del art. 21 de la Ordenanza municipal reguladora de la Feria de Abril de Sevilla de 25 de noviembre de 2011 dispone a este respecto: "El Ayuntamiento establece el compromiso de respetar la titularidad tradicional, siempre que por los representantes de la misma se presente la solicitud correspondiente y se abonen las tasas fiscales correspondientes, dentro de los plazos establecidos para ello."

Por considerar que el criterio de la "titularidad tradicional" no respeta el principio de concurrencia establecido en el *art. 92.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (en adelante, LPAP), el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo, que es desestimado por la sentencia ahora impugnada.

SEGUNDO.- Se basa este recurso de casación en dos motivos. En el motivo primero, formulado al amparo de la *letra c) del art. 88.1 LJCA* , se denuncia falta de motivación e incongruencia. Sostiene el recurrente que la sentencia impugnada no se pronuncia realmente sobre varias de las alegaciones hechas en la demanda, a saber: vulneración del principio de libre competencia; vulneración del principio de jerarquía normativa, en lo relativo a la superioridad de la ley sobre la costumbre; vulneración de la prohibición de autorizaciones temporalmente indefinidas, así como del principio de proporcionalidad por la pérdida automática de la titularidad tradicional por impago de la tasa.

En el motivo segundo, formulado al amparo de la *letra d) del art. 88.1 LJCA* , se recogen varios reproches distintos. Dice el recurrente que el art. 21 de la Ordenanza infringe el art. 92.1 LPAP, que impone el régimen de concurrencia para el otorgamiento de las autorizaciones de ocupación del dominio público. Siempre en este orden de consideraciones, añade que el criterio de la "titularidad tradicional" supone dar prioridad a la costumbre sobre la ley, introduciéndose además una autorización indefinida encubierta contrariamente a lo dispuesto por el *art. 92.3 LPAP y el art. 79 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales* . Al haber dado todo esto por bueno, la sentencia impugnada habría vulnerado los citados preceptos.

El recurrente afirma, asimismo, que la sentencia impugnada vulnera el principio de proporcionalidad por considerar ajustado a derecho que el art. 21 de la Ordenanza anude la pérdida de la "titularidad tradicional" al impago de la tasa. En opinión del recurrente, ésta es una consecuencia jurídica desmesurada.

Siempre en el motivo segundo, en fin, se alega infracción del *art. 139 LJCA* , por entender que la condena en costas que se efectúa en la sentencia impugnada no está justificada. El recurrente sostiene que en este asunto hay, en todo caso, "serias dudas de derecho" en el sentido del precepto invocado, por lo que no procede hacer imposición de las costas.

TERCERO.- Abordando ya el motivo primero, la denuncia de falta de motivación e incongruencia es puramente retórica. De la lectura de la sentencia

impugnada, cualquiera que sea la valoración que ésta merezca, se desprende sin sombra de duda que la Sala de instancia ha tratado todas las cuestiones planteadas por el recurrente. Tan es así que los distintos reproches contenidos en el motivo segundo -que coinciden sustancialmente con las alegaciones sobre las que, según el recurrente, no habría habido pronunciamiento - hacen referencia al modo en que esos extremos son tratados por la sentencia impugnada.

CUARTO.- En cuanto al motivo segundo, la cuestión fundamental es si el otorgamiento de autorizaciones de ocupación temporal del dominio público -tales como las que son necesarias para la instalación de las casetas de la Feria de Abril- debe hacerse en régimen de concurrencia. A este respecto, el art. 92.1 LPAP, que el recurrente invoca como infringido, dispone:

"Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen."

Este precepto legal establece una serie escalonada de criterios para el otorgamiento de las autorizaciones, donde cada sucesivo criterio es subsidiario con respecto al anterior. Así, en el presente caso, es claro que el primer criterio establecido en el art. 92.1 LPAP -esto es, el otorgamiento directo- no resulta aplicable, ya que el espacio disponible para la instalación de casetas no es ilimitado. Ello conduce a tomar en consideración el siguiente criterio, que es precisamente el régimen de concurrencia defendido por el recurrente. Ocurre que este criterio sólo es exigible si han de "valorarse condiciones especiales en los solicitantes"; algo que no consta que sea preciso para la instalación de las casetas de la Feria de Abril, ni desde luego ha sido demostrado por el recurrente. Así las cosas, no puede afirmarse que sea contrario a derecho que el art. 21 de la Ordenanza no prevea el régimen de concurrencia para el otorgamiento de las autorizaciones.

Dicho esto, no es ocioso añadir que el siguiente criterio en la serie del art. 92.1 LPAP es el sorteo; pero éste no está legalmente configurado como imperativo o ineludible, pues cabe apartarse del mismo si otra cosa se establece en las correspondiente condiciones reguladoras. Y ello es exactamente lo que sucede en el presente caso.

QUINTO.- Una vez sentado que el art. 21 de la Ordenanza no vulnera el art. 92.1 LPAP, es claro que la disquisición del recurrente acerca de la subordinación de la costumbre a la ley resulta irrelevante. Es verdad que la sentencia impugnada hace algunas consideraciones sobre el papel de la costumbre en el Derecho Administrativo. Pero, sin necesidad de entrar ahora en tan espinoso tema, lo cierto es que la ley por sí sola, como se acaba de ver, da base suficiente para adoptar el criterio de la "titularidad tradicional" a la hora de fijar el orden de otorgamiento de las autorizaciones para la instalación de las casetas de la Feria de Abril. En otras palabras, si alguien quisiera ver aquí una costumbre, se trataría en todo caso de un uso o práctica que opera por remisión expresa del art. 21 de la Ordenanza; no por su propia fuerza como fuente del derecho. Lejos de ser una auténtica costumbre, sería más bien lo que a veces se denomina una "costumbre a la que la ley se remite".

Cabe añadir que, tratándose de un festejo tradicional, no es irrazonable ni

arbitrario que la Administración atienda precisamente a criterios consuetudinarios para regular determinados aspectos de aquél vinculados a la tradición.

SSEXTO.- La afirmación de que el criterio de la "titularidad tradicional" esconde autorizaciones indefinidas, vedadas por el art. 92.3 LPAP, carece de justificación. Las autorizaciones para la instalación de las casetas de la Feria de Abril deben solicitarse cada año, en el período establecido para ello. Además, quedan condicionadas al pago de la tasa. El incumplimiento de estas condiciones no sólo implica la denegación de la autorización solicitada, sino también la pérdida de la "titularidad tradicional"; lo que muestra que en ningún modo cabe hablar de autorización indefinida.

SÉPTIMO.- Por lo que hace a la invocación del principio de proporcionalidad, resulta sorprendente, pues no guarda la debida coherencia con el resto de la argumentación del recurrente. En efecto, su tesis central es, como se ha visto, que la Administración está legalmente obligada a que el otorgamiento de las autorizaciones se haga en régimen de concurrencia; pero en este punto sostiene que una de las condiciones impuestas para el disfrute de la "titularidad tradicional" -que él mismo considera ilegal- es desmesurada o excesiva.

Dicho lo anterior, no es ilógico que el criterio de la "titularidad tradicional", precisamente porque comporta innegables ventajas para quienes se benefician de él con exclusión de otras personas, lleve aparejadas ciertas cargas, como es la de no dejar de pagar puntualmente la correspondiente tasa. No cabe, así, apreciar ninguna vulneración del principio de proporcionalidad.

OCTAVO.- Sobre la procedencia de la condena en costas hecha por la sentencia impugnada, en fin, nada cabe decir en esta sede. Es criterio jurisprudencial constante de esta Sala que la imposición de las costas efectuada en la instancia no es susceptible de ser impugnada mediante recurso de casación.

NOVENO.- Con arreglo al *art. 139 LJCA* , la desestimación del recurso lleva aparejada la condena en costas de la parte recurrente. Haciendo uso de la facultad contemplada en el apartado tercero de dicho precepto legal y habida cuenta de las características del asunto, quedan las costas fijadas en un máximo de 4.000 € por todos los conceptos.

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Mario contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 13 de diciembre de 2012* , con imposición de las costas al recurrente hasta un máximo de 4.000 € por todos los conceptos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Segundo Menendez Perez D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Dª Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Ramon Trillo Torres
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.