

El Tribunal Supremo examina también si la Ordenanza controvertida, además de suponer una alteración del Plan general realizada por vía inadecuada, alberga también una regulación de la actividad comercial que no tiene cabida dentro de las atribuciones del Ayuntamiento.

Para el Tribunal Supremo, la Ordenanza recurrida no es una regulación urbanística que, como otras de esa índole, puede tener alguna incidencia en el ejercicio de la actividad comercial; "(...) se trata de una reglamentación que, al fijar distancias mínimas entre una determinada clase o categoría de establecimientos comerciales, desborda el ámbito de ordenación urbanística e invade el terreno propio de una regulación de la actividad comercial, materia ésta para cuya reglamentación el Municipio carece de atribuciones. En efecto, ninguno de los preceptos constitucionales y legales que invoca la sentencia ofrece un contenido o mandato específico en el que pueda sustentarse la competencia del Ayuntamiento para regular la actividad comercial. Tal atribución competencial tampoco encuentra encaje en ninguno de apartados del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. En fin, no cabe considerarla amparada en la previsión general de que 'el Municipio (...) puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal', pues ya quedó señalado que el artículo 25.1 de la citada Ley de Bases del Régimen Local hace esa amplia formulación para que el Municipio pueda hacer uso de ella en el ámbito de sus competencias."

El Tribunal Supremo, para argumentar lo anterior, se remite a su sentencia de 7 de julio de 1999 (casación 5486/1993):

"(...) Ciertamente que el artículo 84 LBRL permite a las Entidades Locales intervenir en la actividad de los ciudadanos por medio de Ordenanzas y Bando; pero también

lo es que en el apartado 2 de dicho precepto se establece que dicha intervención habrá de acomodarse a determinados postulados, tendentes todos ellos a garantizar el respeto a la libertad individual, y también que la misma no puede contravenir lo estatuido en otros órdenes normativos superiores. Para expresarlo con la frase contenida en la Sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1992, la autonomía municipal es una 'autonomía en blanco', aunque de menor entidad que la estatal y la de las Comunidades Autónomas, a cuyas potestades se encuentra subordinada, máxime en todos aquellos campos que excedan de las competencias propias y específicas del Ente Local correspondiente, y en las que se limita a compartir con las últimamente mencionadas la facultad de gestionar y ordenar las actividades correspondientes sin poder extravasar el límite de la potestad compartida que le ha sido señalado, como ocurre con la protección del medio ambiente y la política de emplazamiento de las actividades clasificadas, motivaciones éstas que alega en defensa del recurso de casación..."

El Tribunal Supremo establece finalmente que: "(...) en la línea de lo declarado en las sentencias que se invocan en el motivo sexto de casación –sentencias de 22 de marzo de 1988, 15 de junio de 1992 y 31 de enero de 2001– así como en otras dictadas con posterioridad –sentencias de 11 de mayo de 2005 (casación 6375/01) y 5 de julio de 2006 (casación 10384/03)– debemos concluir que la Ordenanza que es objeto de la presente controversia vulnera el principio de libertad de empresa y de libre establecimiento reconocido en el artículo 38 de la Constitución, pues no existe habilitación legal específica que sirva de respaldo a las restricciones que dicha Ordenanza municipal impone a la libertad de establecimiento."

El Tribunal Supremo estima el recurso y anula la Ordenanza.

E) Jurisdicción civil

Audiencia Provincial de Asturias. No es uniforme ni unánime la jurisprudencia de las audiencias provinciales respecto a la jurisdicción competente, en materia de reclamaciones por daños en vehículos estacionados en aparcamientos que gestiona AENA o por sustracciones de los mismos o de objetos en su interior

Órgano: Audiencia Provincial de Asturias. Sala de lo Civil. Sección 1ª. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 393/2009

Resolución: Auto núm. 5/2010

Fecha: 13 de enero de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas

Demandante: Particulares

Demandados: AENA

Disposiciones analizadas: Real decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea

Doctrina: No es uniforme ni unánime la jurisprudencia de las audiencias provinciales respecto a la jurisdicción competente, en materia de reclamaciones por daños en vehículos estacionados en aparcamientos que gestiona AENA o por sustracciones de los mismos o de objetos en su interior.

El cobro de la tasa en el aparcamiento del aeropuerto es un supuesto de actuación de AENA en el ejercicio de sus funciones públicas, sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa

Supuesto de hecho

El Juzgado de primera instancia de Oviedo, en juicio verbal, estima la declinatoria por falta de competencia objetiva del Tribunal para conocer del asunto relativo al pago de la tasa de aparcamiento por extravío del tique en el aeropuerto de Asturias, y establece que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa.

La demandante interpuso recurso de apelación en el que se sostiene la jurisdicción civil, y la Audiencia lo desestima.

Fundamentos de Derecho

El razonamiento de la Audiencia tiene como punto de partida que:

– AENA es entidad de Derecho público, de las previstas en el núm. 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley general presupuestaria (Real decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea).

– La explotación de los aparcamientos de los aeropuertos entraría en la previsión del artículo 1.2 de su Estatuto cuando señala que: “su objeto será la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar, además, cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas permitan rentabilizar las inversiones efectuadas”, y

– en el ejercicio de sus actividades se regirá por el ordenamiento jurídico civil, mercantil y laboral, ajustándose, cuando actúe en el ejercicio de sus funciones públicas, a las disposiciones de Derecho público que le sean de aplicación.

La Audiencia examina las resoluciones de otras audiencias provinciales, dictadas sobre supuestos distintos del que es objeto de este litigio, en concreto en materia de reclamaciones por daños en vehículos estacionados o por sustracciones de los mismos o de objetos en su interior.

Señala que, en materia de responsabilidad patrimonial: “(...) Efectivamente podemos encontrar diversas resoluciones de las Audiencias provinciales que, tras resolver la cuestión de la competencia entre la jurisdicción civil y la contenciosa, terminan por decidir en favor de la primera y resolver el litigio; así siguen este criterio el Auto de la AP de Valencia, Sección 7ª, de 25 febrero de 2008, que se basa en que la explotación del ‘parking’ del Aeropuerto no constituye una actividad administrativa sino puramente privada, o el Auto de la AP Madrid, sección 11ª, del 27 de Diciembre del 2007 que cita las Sentencias de la Sección 14ª de la AP de Madrid de 21 de octubre de 2005 y de la Sección 1ª de la AP de Barcelona de 8 de noviembre de 1999, que

también establecen la competencia de la jurisdicción civil en reclamaciones efectuadas a un organismo público cuando ejerce actividad exclusivamente privada, criterio también seguido por la SAP Barcelona, Sección 1ª, de 12 de Mayo del 2000.”

Advierte a su vez de que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración frente a AENA, también existen resoluciones de audiencias provinciales que entienden que la competencia pertenece a la jurisdicción contenciosa: “(...) el Auto de la Audiencia Provincial de Bizcaia, Sección 5ª, de 25 de marzo de 2004 o la Sentencia de la Audiencia de Valencia, Sección 6ª, de 30 de Diciembre de 2002”. Asimismo, también pueden encontrarse resoluciones en similar sentido en la jurisdicción contencioso-administrativa: “(...) la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 8ª, de 30 de Junio de 2001, que justifica su competencia en que ‘la actuación que desarrolla AENA al gestionar y explotar los aparcamientos del Aeropuerto, instalados en terrenos de dominio público, puede ser considerada como una actividad prestacional de la Administración enmarcada dentro del ámbito de la explotación y gestión de los servicios de tránsito aéreo, como servicio auxiliar de éste o, en otras palabras, una prestación singularizada de un servicio público. El criterio seguido por estas últimas resoluciones es compartido por esta Sala pues como hemos señalado en la sentencia de 22 de abril de 2009, en materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración y tras diversas reformas legales, la última por L. O. 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica el art. 9.4 LOPJ’, sólo es procedente acudir a la vía civil cuando se ejercite exclusivamente la acción directa contra la aseguradora.”

Una vez referida la posición de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial por daños causados en los aparcamientos que gestiona AENA, afronta el objeto del litigio: la jurisdicción competente en los conflictos generados por la aplicación de la tasa por utilización del dominio público.

En este punto la Audiencia afirma que: “(...) nos hallamos ante un supuesto de actuación de AENA en el ejercicio de sus funciones públicas.”

El razonamiento es como sigue:

“(...) el cobro de la tasa en el aparcamiento del aeropuerto se regula por la Ley 25/1998, de 13 julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, dentro de cuya Sección II se regula la Tasa por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario, constituyendo, según el art. 4, el hecho

imponible, 'la utilización del dominio público aeroportuario y la prestación por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea de los servicios inherentes a dicha utilización en los términos que se especifican para las siguientes tarifas: C) La utilización de las zonas de aparcamiento de vehículos establecidas en los aeropuertos, explotadas directamente por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (tarifa B.2).'

"Finalmente en el art. 9 bis Dos, introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 30/2005, y en el último párrafo de la tarifa B.2 se dice que 'en caso de pérdida de tique en cualquier tipo de aparcamiento de pago, el usuario abonará la estancia de cinco días, conforme a la cuantía máxima diaria hasta cuatro días para el aparcamiento general, excepto si se acreditase la estancia real

del vehículo, en cuyo caso se liquidará esta última en función de la estancia real'."

Tal planteamiento, señala la Audiencia, "debe llevar a resolver la cuestión de competencia a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiendo comprobar cómo un supuesto similar al presente fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, sección 7ª, de 21 de Mayo del 2007, en relación a una reclamación efectuada por un particular que había estacionado su vehículo en el aparcamiento situado en el aeropuerto de Jerez de la Frontera y que al proceder a retirarlo se dio cuenta de que había perdido el tique que justificaba la entrada y hora en el citado aparcamiento, por lo que tuvo que abonar el importe equivalente a cinco días de estancia en el mismo."

Audiencia Provincial de Barcelona. El fuero propio de los entes administrativos, en una reclamación de responsabilidad patrimonial, arrastra siempre a su asegurador de responsabilidad civil hacia el orden contencioso, salvo que el perjudicado prefiera dirigirse únicamente –y el artículo 76 LCS le autoriza a ello– contra el asegurador privado, en cuyo caso renace la competencia jurisdiccional natural de esa clase de personas jurídicas, esto es, el orden jurisdiccional civil

Órgano: Audiencia Provincial de Barcelona. Sala de lo Civil (Sección 16ª). Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 408/2009

Resolución: Sentencia núm. 207/2010

Fecha: 16 de abril de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas

Demandante: Particulares

Demandados: Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros a Prima Fija

Disposiciones analizadas: Artículo 9.4, II, último inciso LOPJ y artículo 21 LJCA

Doctrina: El fuero propio de los entes administrativos, en una reclamación de responsabilidad patrimonial, arrastra siempre a su asegurador de responsabilidad civil hacia el orden contencioso, salvo que el perjudicado prefiera dirigirse únicamente –y el artículo 76 LCS le autoriza a ello– contra el asegurador privado, en cuyo caso renace la competencia jurisdiccional natural de esa clase de personas jurídicas, esto es, el orden jurisdiccional civil.

No concurre fraude de ley alguno del perjudicado al escoger la vía civil para la reclamación del resarcimiento de un daño corporal o moral derivado de la actuación de unos facultativos empleados en la red asistencial pública. Esa perspectiva de la cuestión podría ser atendida si el legislador hubiese proclamado que la responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ventilarse en todo caso ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque la acción se dirija contra el asegurador privado de los entes públicos o contra los empleados de estos últimos. Pero ya se ha visto que el legislador no ha establecido ese designio, sino que implícitamente autoriza el "derecho de opción" del perjudicado

Supuesto de hecho

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 56 de Barcelona, en autos de juicio ordinario dictó sentencia en la que condenó a Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros a Prima Fija a pagar 487.171,98 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda y las costas del proceso, al estimar una acción de un particular de resarcimiento patrimonial de los daños y perjuicios padecidos

a causa de la negligencia asistencial en el tratamiento del traumatismo al caerse de su motocicleta, en los hospitales generales de Manresa y l'Hospitalet de Llobregat, todos ellos incluidos en la póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita por el Servei Català de la Salut con la compañía Zurich.

La compañía de seguros formula recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona rechaza la incompetencia de jurisdicción, pero lo estima en parte.

Fundamentos de Derecho

El apelante sostiene que la cuestión controvertida ha de ser sustanciada ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que versa sobre un supuesto de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Dicha cuestión fue planteada ante el órgano de primera instancia por medio de la correspondiente declinatoria (artículo 63 LEC), y resuelta por el Juzgado en sentido contrario a lo postulado por Zurich, por medio de auto de fecha seis de febrero de 2008.

Al reiterar la alegación en vía de apelación la Audiencia afirma que la decisión acerca de la falta de jurisdicción denunciada debe ser desestimatoria. Argumenta lo que sigue:

“En efecto, la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) efectuada por medio de la Ley Orgánica 19/03 reafirmó la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento de las acciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, subrayando que ese fuero concurre aunque sean demandados también sujetos de derecho privado a los que se repute corresponsables del daño, pero matizando que en el supuesto de que la acción del perjudicado se dirija directamente contra el asegurador de la Administración, la competencia de los tribunales contenciosos sólo se mantiene si se demanda a dicho asegurador ‘junto a la Administración respectiva’ (art. 9.4, II, último inciso).

“Lo que se complementa con la afirmación contenida en el artículo 21.1 LJCA, conforme al cual en el lado pasivo de los litigios de esa índole debe concurrir inexcusablemente una Administración pública, de tal modo que los aseguradores privados de ésta ocupan siempre la posición de litisconsorte, ya que ‘siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren’.

“En otras palabras: el fuero propio de los entes administrativos en una reclamación de responsabilidad patrimonial arrastra siempre a su asegurador de responsabilidad

civil hacia el orden contencioso, salvo que el perjudicado prefiera dirigirse únicamente –y el artículo 76 LCS le autoriza a ello– contra el asegurador privado, en cuyo caso renace la competencia jurisdiccional natural de esa clase de personas jurídicas, esto es, el orden jurisdiccional civil.

“Ello no obsta para que en el litigio civil en que se reclame la indemnización correspondiente fundada en el contrato de seguro que vincule al asegurador demandado con el ente público causante del daño o perjuicio resarcible o con los profesionales a su servicio, pueda ser analizada sin restricción alguna la actuación del organismo público o de sus dependientes en que descansa la petición del perjudicado, no en vano la acción directa del perjudicado ex art. 76 LCS es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (por ejemplo, por falta de comunicación del siniestro), pero no a las excepciones de fondo relativas al desarrollo del hecho lesivo que pueda invocar el asegurador demandado.

“De otra parte, tampoco se aprecia fraude de ley alguno en que pudiera haber incurrido el perjudicado al escoger la vía civil para la reclamación del resarcimiento de un daño corporal o moral derivado de la actuación de unos facultativos empleados en la red asistencial pública. Esa perspectiva de la cuestión podría ser atendida si el legislador hubiese proclamado que la responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ventilarse en todo caso ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque la acción se dirija contra el asegurador privado de los entes públicos o contra los empleados de estos últimos. Pero ya se ha visto que el legislador no ha establecido ese designio, sino que implícitamente autoriza el ‘derecho de opción’ del perjudicado que el asegurador aquí apelante considera inadmisibles.”

La Audiencia, en lo que aquí interesa, sostiene la competencia de la jurisdicción civil, sin perjuicio de modificar la cuantía de la indemnización y revocar en ese punto la sentencia apelada.

Audiencia Provincial de Barcelona. La actividad de apartamentos turísticos, es una actividad de explotación hotelera del alquiler por días como departamento turístico, que se inserta en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado. Es un “uso excesivo” de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial. El cambio de destino a apartamentos turísticos debería entrañar, necesariamente, una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, a fin de reajustar las cuotas de participación en los gastos comunes correspondientes a todos los copropietarios

Órgano: Audiencia Provincial de Barcelona. Sala de lo Civil (Sección 17ª). Jurisdicción civil

Resolución: Sentencia núm. 207/2010

Fecha: 16 de abril de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ballester Llopis

Demandante: Particulares

Demandados: Particulares

Disposiciones analizadas: Artículo 553-47 Código civil de Cataluña

Doctrina: Es constante la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos, porque no se trata de que un local o una vivienda cambien de destino, sino de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado, "uso excesivo" de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial (STS de 22/11/2008); el cambio de destino de local comercial a apartamentos turísticos debería entrañar, necesariamente, una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, a fin de reajustar las cuotas de participación en los gastos comunes correspondientes a todos los copropietarios (SAP Murcia 23/2007)

Supuesto de hecho

Diversos propietarios de un edificio sito en la ciudad de Barcelona se dirigen contra los diez propietarios cuyos pisos se destinan al negocio del apartamento turístico arrendado por días, para el cese de dicha actividad. La sentencia de primera instancia desestima la demanda.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima.

Fundamentos de Derecho

La Audiencia señala y refiere la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos por tratarse de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado. Establece que:

"Es constante la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos, porque no se trata de que un local o una vivienda cambien de destino, sino de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado, 'uso excesivo' de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial (STS de 22/11/2008); el cambio de destino de local comercial a apartamentos turísticos debería entrañar, necesariamente, una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, a fin de reajustar las cuotas de participación en los gastos comunes correspondientes a todos los copropietarios, (SAP Murcia 23/2007). El art. 553-47 CCC dispone: 'Los propietarios y ocupantes de pisos o locales no pueden llevar a cabo, en el elemento privativo o en el resto del inmueble, actividades que los estatutos prohíban, que sean perjudiciales para las fincas o que vayan en contra de las disposiciones generales sobre actividades que molestan, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas'."

Para la Audiencia, al aplicar las pautas normativas y jurisprudenciales al supuesto de autos, debe estimarse la pretensión actora, de acuerdo con las siguientes premisas de conclusión:

"A) El testigo Don Conrado, Administrador de la Comunidad, manifiesta: a) que los vecinos se quejan: 1) de trasiego

de mucha gente; 2) mal uso del ascensor y de la puerta de entrada; 3) ruidos; 4) jaleos por la noche; 5) actuaciones incívicas; 6) que no se daba el tratamiento adecuado a la basura; b) que cuando el dicente ha estado en la finca, ha visto en alguna ocasión gente esperando en el vestíbulo; c) que el ascensor ha tenido que ser reparado con frecuencia porque se ha abusado como consecuencia de exceso de carga; ha habido problemas de vandalismo: los paneles de madera estaban rotos a consecuencia de patadas y se ha tenido que colocar una protección de hierro; también ha habido rayaduras, ha habido un exceso de incidencias no habituales; d) que también ha habido robos.

"B) El testigo Don Leandro, que se ocupa del mantenimiento de la escalera manifiesta: a) que hay un movimiento importante de turistas; b) que dejan las bolsas de basura en el vestíbulo, en el ascensor o en cualquier sitio del edificio; c) que los turistas han subido al ascensor con exceso de carga y se ha parado el ascensor; d) que dentro de la cabina han producido rayas y desperfectos y han dado golpes; e) que oyó a los vecinos decir que los turistas habían forzado algunas puertas de los rellanos.

"C) La testigo Adriana manifiesta: a) que estuvo viviendo en el edificio en concepto de arrendataria; b) que se encontró una persona dormida en el rellano; c) las puertas abiertas y las toallas fuera como si fuese un hotel; d) que tuvo filtraciones de agua porque en uno de los departamentos turísticos se dejaron abierto el grifo de la bañera; e) en el 'hall' había pintadas; f) se dejaban abierta la puerta del 'hall'; g) que llamaban a otros pisos para que se les abriera una puerta; h) que lo de los ruidos y fiestas era habitual.

"D) La testigo Doña Inocencia, vecina, manifiesta que su piso está en un rellano donde los otros tres pisos son turísticos y que los problemas que ha tenido son: a) que llamaron muchas veces; b) que la gente ésta bebía, pegan patadas a las puertas, ha habido robos, dejan en la escalera botellas, preservativos, restos de comidas.

"E) El testigo Don Jesús María, que ha vivido en la finca manifiesta lo mismo que dicen los otros testigos."

La Audiencia, por tanto, revoca la sentencia apelada y dicta otra en su lugar por la que declara que la actividad desarrollada por los demandados en el edificio es molesta e incómoda, y además es contraria a los estatutos y en

consecuencia se declara prohibida; se declara el cese de la actividad de explotación hotelera del alquiler por días como departamento turístico que se lleva a cabo en las viviendas de los demandados, con extinción, en su caso, del contrato de arrendamiento o de gestión que tengan los demandados propietarios de las viviendas con el code-mandado Friendly Rentas S.L.