

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIAADVOCACIA DE LA
COMUNITAT AUTÓNOMA

Núm. 737

Data 16 SET. 2010

ENTRADA

SENTENCIA

Nº 782

En la ciudad de Palma de Mallorca a catorce de septiembre de dos mil diez.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza.

Dña. Carmen Frigola Castellón.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los recursos acumulados números 346 y 429 de 2007, seguidos entre partes; como demandantes, **Vermatur, Sociedad Anónima**, representada por la Procuradora D^a. **Matilde Segura Seguí**, y asistida del Letrado **D. Juan Maria Oliver Marroig** y la **Asociación Hotelera de Menorca**, representada por la Procuradora D^a. **Maribel Juan Danus**, y asistida por el Letrado **D. Antonio Mercadal**; como Administración demandada, **la de la Comunidad Autónoma**, representada y asistida por su Letrado; y como codemandadas, **Asociación Empresarial de Restauración de Mallorca**, representada por el Procurador **D. Juan Reinoso Ramis** y asistida por el Letrado **D. Miguel Perelló Quart**; **Ben Fosc, Sociedad Limitada, Grupo Ferrer de Gestión, Sociedad Limitada Unipersonal, Nova de Cerveza, Sociedad Anónima, Asociación Empresarial de Actividades Turísticas de la Playa de Palma**, representados por el Procurador **D. Miguel Ferragut Rosselló** y asistidos por el Letrado **D. Juan Nadal Juan**; **Retruc, Sociedad Limitada**, representada por la Procuradora Dña. **Concepción Alemany Morell** y asistida por el Letrado **D. José A. Delgado Cifre**; **Magainver, Sociedad Anónima**, representada por la Procuradora Dña. **Concepción Alemany Morell** y asistida por el Letrado **D. Juan Socias Morell**; **Riu Palace, Sociedad Anónima**, representado por la Procuradora Dña. **Fernanda de España Fortuny** y asistido por la Letrada D^a. **Francisca Gelebert Negre**; **Beach Night, Sociedad**

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Limitada, representada por la Procuradora D^a. Fernanda de España Fortuny, y asistida por el Letrado D. Enrique Haro Galbis; Pamuca, Sociedad Anónima, representada por la Letrada D^a. Fernanda de España Fortuny y asistida por el Letrado D. José A. Delgado Cire; Asociación de Empresarios de Salas de Fiesta Discotecas y Similares; representados por el Procurador D. Fernando Rosselló Tous y asistidos por el Letrado D. Juan Socias Morell y el Consell Insular de Menorca, representado por la Procuradora D^a. Monserrat Montané Ponce y asistido por la Letrada D^a. Dolores Romero Pérez.

El objeto del recurso es el Decreto de la Comunidad Autónoma número 62/2007, de 18 de mayo, sobre actividades secundarias de música, entretenimiento u ocio desarrolladas en terrazas, espacios, recintos o similares al aire libre.

La cuantía de los recursos acumulados se ha fijado **como indeterminada**.

Se ha seguido la tramitación correspondiente al procedimiento **ordinario**.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Los recursos fueron interpuestos el 31 de mayo y 11 de julio de 2007, admitiéndose a trámite por Auto de 4 de junio y 12 de julio siguientes reclamándose el expediente administrativo. Mediante Auto de 2 de octubre de 2007 se acordó la acumulación.

SEGUNDO. Las demandas se formalizaron el 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, solicitando la estimación de los recursos. No interesaba el recibimiento del juicio a prueba, pero sí trámite de conclusiones.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

TERCERO. La Administración demandada contestó a las demandas el 27 de marzo de 2009, solicitando la declaración de inadmisibilidad o desestimación, con costas. No interesaba el recibimiento del juicio a prueba.

CUARTO. Las codemandadas contestaron a las demandas solicitando la desestimación de los recursos. No interesaban el recibimiento del juicio a prueba.

QUINTO. Por providencia de 11 de septiembre de 2009, se acordó que las partes formularan conclusiones por escrito, verificándolo por su orden e insistiendo todas en sus anteriores pretensiones.

SEXTO. Por providencia de 1 de septiembre de 2010, se señaló el día 14 de septiembre siguiente para la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Hemos descrito en el encabezamiento cual es la disposición administrativa contra la que se dirigen los presentes recursos contencioso-administrativos acumulados:

Vermatur, Sociedad Anónima, pretende que la sentencia anule el Decreto 62/07 o que declare la nulidad de los artículos 6 y 7.1.b., así como de la Disposición Derogatoria, íntegramente o en el inciso "en el ámbito territorial de las Islas Baleares", y con expresa declaración de que esa derogación no comprende a dos Ordenanzas Municipales de Palma, en concreto las relativas, en síntesis, a ruidos y horarios de apertura al público.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El artículo 6 del Decreto 62/07, relativo al procedimiento municipal, establece lo siguiente:

"1. La tramitació de la llicència municipal d'instal·lació, obertura i funcionament d'una activitat secundària de música, entreteniment o oci desenvolupada en terrassa, espai, recinte o similar a l'aire lliure es tramitarà segons l'article 63 'Procediment per a les activitats permanents innòcues' de la Llei 16/2006, de 17 d'octubre, de règim jurídic de les llicències integrades d'activitat de les Illes Balears. Aquestes activitats secundàries s'actualitzaran conjuntament amb l'activitat principal.

2. Quan s'extingeixi una concessió administrativa per a l'ocupació del sòl públic on es realitzi una activitat secundària amb llicència d'obertura i funcionament, per a la reobertura de l'activitat secundària caldrà l'aportació d'un certificat subscrit per tècnic competent i visat pel col·legi professional corresponent, que garanteixi que aquesta activitat secundària segueix complint les condicions de la llicència."

El artículo 7.1 del Decreto 62/07, relativo a condicionamientos, establece lo siguiente:

"1. Pel que fa al renou, aquestes activitats secundàries compliran el Decret 20/1987 de la Conselleria d'Obres Públiques i Ordenació del Territori, per a la protecció del medi ambient contra la contaminació per emissió de renous i vibracions, publicat en el BOCAIB núm. 54 de data 30-04-1987, de conformitat amb el previst a la Disposició transitòria quarta Valors d'immissió i d'emissió de la Llei 1/2007, de 16 de març, contra la contaminació acústica de les Illes Balears.

Les mesures dels nivells sonors s'efectuaran d'acord amb el previst en aquest decret.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

a) *Els nivells sonors màxims tant interiors com exteriors seran els indicats en l'article 6 del Decret 20/1987.*

b) *Les mesures dels nivells sonors interiors són les preses dins les edificacions veïnes amb les portes i finestres tancades i les mesures dels nivells sonors exteriors són les preses a les edificacions veïnes amb les portes i finestres obertes d'acord amb el que disposa el Reial decret 1513/2005, de 16 de desembre, pel qual es desenvolupa la Llei 37/2003, de 17 de novembre, del renou, pel que fa referència a la avaluació i gestió del renou ambiental.*

En cap cas es podrà sobrepassar els nivells sonors màxims interior/exterior indicats a la taula 1 de l'article 6 del Decret 20/1987.

c) *Els mesuraments dels nivells sonors exteriors s'efectuaran també en els confrontants de l'activitat. Les concessions de domini públic es consideraran, si escau, com a part de l'activitat, i quan el domini públic confronti amb calçades o vials els mesuraments es realitzaran en el seu eix.*

d) *L'ambientació musical o audiovisual per mitjans tècnics estarà dotada d'un limitador de so".*

Y la Disposición Derogatoria Única del Decreto 62/07 establece lo siguiente:

"Queden derogades en l'àmbit territorial de les Illes Balears totes les normes d'igual o inferior."

Al respecto, en la demanda presentada por Vermatur, Sociedad Anónima, se aduce, en resumen, lo siguiente:

1.-Que la Conselleria de Interior del Govern Balear, mediante el Decreto 62/07, regula por completo materias -artículo 70.3.,7. y 11. de la Ley Orgánica 1/07- atribuidas como propias y exclusivas al Consell Insular correspondiente.

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2.-Que los Ayuntamientos tienen competencias en materia de ruidos, con lo que el Decreto 62/07 únicamente puede derogar "...normas dictadas por el Gobierno de la Comunidad Autónoma...".

3.-Que la medición del ruido "...dentro de las edificaciones vecinas con las puertas y ventanas cerradas...". Contradice al Decreto 20/87, donde "...se establecía el principio de que las mediciones debían efectuarse en las peores condiciones para el causante del ruido...", contradice a la Ordenanza de Palma que obliga a "...mediciones con las puertas y ventanas abiertas..." y contradice al Real Decreto 1513/05, donde no se dice "...que las mediciones interiores se hagan con las puertas y ventanas cerradas.

4.-Que el procedimiento de concesión de licencias -artículo 6 del Decreto 62/07- remite a las actividades inocuas previstas en el artículo 8 y Anexo I de la ley 16/06, pero "...resulta obvio...que las actividades musicales...no son actividades inocuas...".

La segunda de las demandantes en los presentes recursos, Asociación Hotelera de Menorca, pretende que la sentencia anule el Decreto 62/07, sin que en su demanda se incorpore carga argumental distinta de la antes señalada ya que se ciñe "...a la argumentación expuesta por...Vermatur...".

Pues bien, la Administración demandada, Comunidad Autónoma de les Illes Balears, pretende, en primer término, que el contencioso sea declarado inadmisibile por falta de acreditación de la voluntad asociativa para recurrir en cuanto a la segunda de las recurrentes.

Con todo, una y otra de las recurrentes, cumplimentando requerimiento acordado por la Sala en providencia de 25 de enero de 2010, han justificado que el órgano competente de cada una de ellas acordó la interposición de cada uno de los recursos del caso con anterioridad a los mismos.

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Por otro lado, la Administración, que reconoce la legitimación de ambas demandantes para la impugnación de los artículos 6, 7.1.b. y Disposición Derogativa Única, en tanto que destinatarias de esas normas, sin embargo, niega esa legitimación "...para cuestionar el reparto de competencias..." -artículo 69.b. de la Ley 29/98-.

Sin embargo, la Administración demandada no ha ofrecido carga argumental en relación a la falta de legitimación que aduce, con lo que bastará tener en cuenta que, en definitiva, la posible incompetencia se trataría de un motivo más para pretender la anulación de disposición administrativa que, de principio a fin, afecta a las aquí demandantes.

SEGUNDO. El 2 de marzo de 2007 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2007, de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1. de la Constitución, la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en las materias recogidas en el artículo 30 del Estatuto, incluyéndose ahí turismo y espectáculos y actividades recreativas -apartados 11 y 31-.

Extraídas en buena parte de entre esas competencias exclusivas, en el artículo 70 del Estatuto de Autonomía se recogen las competencias propias de los Consellers Insulars, siéndolo, en lo que ahora puede interesar, tanto las de información, ordenación y promoción turística como las actividades clasificadas, espectáculos públicos y actividades recreativas.

Pues bien, con ese ineludible punto de partida, esto es, con la atribución directa por el Estatuto de esas competencias propias de los Consells Insulars, en el artículo 71 se recogen otras competencias, éstas transferibles o delegables a los Consells Insulars, siendo en la correspondiente Ley de atribución donde acaso se incluya la potestad reglamentaria y, de ser así, a esa inclusión puede igualmente sumarse la fijación de los principios generales sobre los que más adelante volveremos.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Y el mismo Estatuto -artículo 72- otorga igualmente a los Consells Insulars la potestad reglamentaria en relación a las competencias que ya les pertenecen, es decir, en las competencias propias.

En el artículo 70 del Estatuto se establece también que a su entrada en vigor se transferirán a los Consellers esas competencias ya atribuidas como propias, lo que se ha de llevar a cabo mediante el correspondiente Decreto de traspaso.

Ese Decreto de traspaso no altera la conclusión antes alcanzada, esto es, que la competencia al Consell Insular la atribuye -y se entiende asumida- por ministerio del Estatuto de Autonomía.

El artículo 58.3 del Estatuto de Autonomía establece que, en relación a esas competencias propias de los Consells Insulars y garantizando que estos puedan ejercitar la potestad reglamentaria antes aludida, el Govern puede establecer los principios generales sobre la materia, es decir, el Govern dispone así de una potestad reglamentaria para fijar los principios generales, potestad que comparte -o concurre- con la del Consell Insular para el desarrollo de esa materia.

Esa potestad reglamentaria del Govern, que naturalmente convive con la actividad legislativa en cada materia, es por tanto de interpretación restrictiva y, en todo caso, primero, debe dejar margen a la potestad reglamentaria del Consell Insular y, segundo, su falta de ejercicio no impedirá al Consell Insular ejercitar la suya.

El Decreto de la Consellería de Interior del Govern Balear número 62/2007, de 18 de mayo de 2007, señala en su preámbulo que desarrolla las Leyes de la Comunidad Autónoma números 16/06 y 1/07, de 16 de marzo, pero ni menciona a la reforma del Estatuto de Autonomía, en vigor desde el 2 de marzo de 2007, ni tampoco respeta el régimen de las competencias propias de los Consells Insulars, esto es, regula materia que el artículo 70 del Estatuto de Autonomía ha atribuido como propia a los Consells Insulars.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Por consiguiente, el Decreto 62/07 incurre en causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.2. de la Ley 30/92.

Llegados a este punto, no es preciso ya examinar los restantes argumentos de las demandas y cumple la estimación de los dos recursos contencioso-administrativos acumulados.

TERCERO. No concurren méritos para una expresa imposición de las costas del juicio.

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS

PRIMERO. Estimamos los dos recursos acumulados.

SEGUNDO. Declaramos no ser conforme a Derecho y nulo el Decreto 62/07.

TERCERO. Sin costas.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza que ha sido ponente en este tramite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.