



Roj: **STSJ CAT 6507/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:6507**

Id Cendoj: **08019330032017100339**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **22/2016**

Nº de Resolución: **468/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación contra sentenc**

Ponente: **HECTOR GARCIA MORAGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

SALA DEL CONTENCIÓS ADMINISTRATIU

SECCIÓ 3ª

Recurs d'apel lació núm. 22/2016

Jutjat Contenciós Administratiu núm. 17 de Barcelona

Procediment ordinari núm. 7/2014-M1

Apel lant: IIB, S.A

Representant de l'apel lant: SRA. FRANCISCA JOSÉ RUIZ FERNÁNDEZ, Procuradora

Apel lat: EXCM. **AJUNTAMENT DE BARCELONA**

Representant de l'apel lat: SR. JESÚS SANZ LÓPEZ, Procurador

SENTÈNCIA núm. 468

Magistrats/ades:

IL LM. SR. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS, President

IL LMA. SRA. ISABEL HERNÁNDEZ PASCUAL

IL LM. SR. HÉCTOR GARCÍA MORAGO

Barcelona, 7 de juliol de 2017

LA SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA (SECCIÓ 3ª), en nom de S.M el Rei i de conformitat amb allò que disposa l' art 117.1 de la Constitució , ha pronunciat la SENTÈNCIA que segueix, a les actuacions del recurs d'apel lació núm. 22/2016, interposat, com a apel lant, per IIB, S.A -representada per la Procuradora SRA. FRANCISCA JOSÉ RUIZ FERNÁNDEZ i assistida per Lletrat-, essent l'apel lat L'EXCM. **AJUNTAMENT DE BARCELONA** -representat pel Procurador SR. JESÚS SANZ LÓPEZ i assistit pel Lletrat consistorial SR. JOAN MANUEL FERNÁNDEZ BARRIOS-.

Ha actuat com a Magistrat ponent l'Il lm. Sr. HÉCTOR GARCÍA MORAGO, el qual expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER: En el procediment ordinari núm. 7/2014-M1, promogut per IIB, S.A contra L'EXCM. **AJUNTAMENT DE BARCELONA**, el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 17 de Barcelona dictà la Sentència núm. 265, de 7 de setembre de 2015 , amb el veredict que segueix:



"DESESTIMO el recurs que ha presentat IIB,SA contra la desestimació per silenci administratiu del recurs d'alçada interposat contra la resolució de 13 juny 2013 que té per desistida a Ibb SA en la sol licitud d'una llicència i CONFIRMO la resolució objecte d'impugnació.

Amb expressa imposició de costes a IIB, SA per un import màxim de 1.000 €."

SEGON: Disconforme amb el veredict, l'actora deduí apel·lació, a la qual s'hi oposà l'Ajuntament demandat, en temps i forma.

TERCER: Un cop elevades les actuacions a aquesta Sala, es va acordar formar-ne aquest rotlle d'apel·lació i designar Magistrat ponent. I un cop verificats els tràmits processals pertinents s'assenyalà el dia 28 de juny de 2017 per tal de votar i decidir, la qual cosa es verificà en aquests mateixos termes.

QUART: En la tramitació d'aquest recurs d'apel·lació han estat observades les prescripcions legals de rigor.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER: Tal com ja hem expressat, en el procediment ordinari núm. 7/2014-M1, promogut per IIB, S.A contra L'EXCM. **AJUNTAMENT DE BARCELONA**, el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 17 de Barcelona dictà la Sentència núm. 265, de 7 de setembre de 2015, amb el veredict que segueix:

"DESESTIMO el recurs que ha presentat IIB,SA contra la desestimació per silenci administratiu del recurs d'alçada interposat contra la resolució de 13 juny 2013 que té per desistida a Ibb SA en la sol licitud d'una llicència i CONFIRMO la resolució objecte d'impugnació.

Amb expressa imposició de costes a IIB, SA per un import màxim de 1.000 €."

La Sentència apel·lada definia així les pretensions de les parts:

"Setè. Pretensions i al·legacions de les parts.

La part actora exposa una relació de fets consistent a ser propietari de la finca situada en carrer Sepúlveda 96 entresòl primera i va sol·licitar llicència d'obres majors el 31 octubre per crear un nou habitatge. L'administració va donar per conclòs l'expedient per desistiment presumpte per no emplenar una sèrie d'esmenes. Dites esmenes han estat degudament emplenats. El projecte té informe d'idoneïtat tècnica favorable. El pati interior al que es refereix l'Ajuntament no existeix i mai ha existit en la planta entresòl de l'edifici. Al·lega fonaments de dret i sol·licita que es declari no ser conforme a dret la resolució de 13 juny 2013 i acordi revocar i anul·lar aquesta resolució, acordant igualment concedir la referida llicència de obres

L'administració demandada s'oposa a la pretensió de l'actor, i al·lega en primer lloc l'existència de cosa jutjada en relació amb la Sentència dictada pel Jutjat 1 de Barcelona en data 15 maig 2012, el que és ferma. Quant al fons de l'assumpte al·lega que el tècnic municipal va detectar mancances pel que va requerir per esmenar una sèrie d'extrems i la documentació aportada pel sol·licitant va ser insuficient pel que es va acordar el desistiment. Al·lega fonaments de dret i sol·licita que es desestimi la demanda."

I la resolució de la controvèrsia es sustentà en els fonaments jurídics que passem a transcriure:

"PRIMER. - (...) En el present cas, és evident que l'acte administratiu objecte d'aquest procediment és un acte administratiu diferent (encara que sigui per meres raons temporals o cronològiques), que el que va ser objecte del procediment seguit davant el Jutjat 1, i en conseqüència no pot parlar-se de l'existència de cosa jugada.

SEGON.- Aclarit l'anterior, el que sí apareix com a evident és que el pressupost fàctic d'aquest procediment és idèntic al del seguit davant el Jutjat 1.

En aquest procediment ens trobem enfront d'una sol·licitud de llicència d'obres majors que pretén modificar l'ús d'un local comercial i destinar-ho a habitatge. Davant la sol·licitud, el servei tècnic municipal constata una sèrie de deficiències.

Aquestes deficiències, segons es dedueix de l'escrit de demanda consisteixen a no tenir en compte que l'àmbit d'actuació correspon a tota la superfície del local i per tant la resta de zona que no correspon a habitatge tindrà les condicions corresponents al local, a més de indicar les modificacions sobre la façana; el compliment de les condicions de habitabilitat segons ordenances ja que la superfície de l'entresòl segons plànols no corresponen als del projecte original; aportació de memòria descriptiva i tècnica referida a la recuperació del pati interior desaparegut i en cas d'actuació estructural compliment de determinats articles de les ordenances municipals, exigint-se plans de planta i secció vertical del pati original.

La part actora no emplena aquestes exigències o les emplena en forma incompleta en el termini concedit i en conseqüència l'administració té a la part actora per desistida en el seu sol·licitud.



En el procedimiento seguit davant el Jutjat 1, es va sol licitar una llicència d'obres majors referida al mateix local comercial i amb la mateixa pretensió, és a dir convertir-ho en habitatge. L'administració va constatar igualment l'existència d'una sèrie de deficiències. Aquelles deficiències eren la falta de memòria descriptiva i tècnica referida a la recuperació del pati interior desaparegut; portar plànol de plantes i secció vertical indicant-se el pacte original recuperat i acolorint en vermell la recuperació del pati; no es compleix la relació mínima amb relació amb la superfície útil de l'habitatge; contradicció entre punts de la memòria; la superfície del local i mesuraments no corresponen amb les actuacions a realitzar; i finalment justificar la superfície dels estenedors.

En aquell assumpte la part actora no complimentà d'aquelles exigències o les complimentà en forma incompleta i en conseqüència l'administració va tenir a la propietat per desistida en el seva sol licitud.

TERCER.- A la vista de l'exposat resulta evident que el projecte tenia la mateixa finalitat, les esmenes exigides per l' Ajuntament van ser pràcticament les mateixes en un i en un altre cas, i en tots dos no van ser complementades de forma satisfactòria, per la raó de la qual l'administració va tenir per desistida a la propietat.

Doncs bé, si les situació fàctica és la mateixa, la solució jurídica ha de ser idèntica a l'adoptada pel jutjat 1, no per imperatiu de la cosa jutjada, que com hem vist no existeix, sinó pel principi de vinculació a les resolucions judicials, que és una situació propera a la de la cosa jugada, però no idèntica.

Es tracta del principi de "vinculació a sentències precedents", "intangibilitat de l'acordat judicialment", o "efectes reflexos de la sentència", que en definitiva el que pretenen és impedir la revisió d'un judici ja efectuat, efectuant una valoració dels fets contrària a la realitat declarada per una resolució judicial, en virtut dels principis de seguretat jurídica i tutela judicial efectiva dels arts 9.3 i 24.1 de la CE (...)

I això perquè, "en la realitat jurídica, això és, en la realitat històrica rellevant per al Dret, no pot admetre's que alguna cosa és i no és, que uns mateixos fets van ocórrer i no van ocórrer (STC 24/1984, de 23 de febrer, FJ 3), quan la contradicció no deriva d'haver-se abordat uns mateixos fets des de perspectives jurídiques diverses (SSTC 30/1996, de 26 de febrer, FJ 5, 50/1996, de 26 de març, FJ 3), i és clar que uns fets idèntics no poden existir i deixar d'existir per als òrgans de l'Estat, doncs a això s'oposen principis elementals de lògica jurídica i extrajurídica (SSTC 77/1983, de 3 d'octubre, FJ 4; 24/1984, de 23 de febrer, FJ 3; 158/1985, de 26 de novembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de juliol, FJ 4, entre moltes altres)" (...)

QUART.- En conseqüència amb aquesta doctrina, procedeix resoldre l'assumpte per remissió als fonaments de la Sentència 133/2012 de 15 maig 2012 del Jutjat 1, la qual és innecessari transcriure per ser a bastament coneguda per les parts.

No s'escapa al Jutjat que el principal problema rau en l'existència o no del pati interior, ja que la resta d'objeccions presentades per l'administració són irrellevants o pivoten sobre aquest extrem. Però l'objecte del recurs no és la denegació de la llicència per aquest motiu, la denegació tècnicament no s'ha produït, i si no una resolució per la qual es té per desistit a l'actor per no haver aportat la documentació sol licitada, que és l'única cosa que cal examinar en el procediment i com ja es dit, ha de resoldre's per remissió a l'esmentada sentència.

CINQUÈ.- Tanmateix la circumstància que no es notificaran a la direcció facultativa del projecte les exigències d'esmena de les anteriors sol licituds i que en les de l'actual s'efectués una remissió o cita a aquelles exigències d'esmena, manca de tota rellevància i transcendència posat que les mateixes sens dubte van ser conegudes per la propietat, la qual va haver de posar-les en coneixement de l'actual direcció facultativa.

D'altra banda la circumstància que existeixi informe d'idoneïtat per part del Col·legi d'Arquitectes manca de tota rellevància amb vista a la valoració administrativa de ser o no correcta l'esmena efectuada.

SISÈ.- A la vista de l'exposat a l'article 139 de la llei de procediment procedeix imposar les costes de la part actora. Atesa la naturalesa de l'assumpte es fixen les costes de la quantitat de €1000."

SEGON: En aquesta segona instància, els al·legats de l'apel·lant han estat els que segueixen:

-Tant l'Ajuntament com el Jutjat d'instància haurien d'haver entrat en el fons, enlloc de prolongar indègudament una situació d'incertesa i inseguretat.

-El Jutjat *a quo* no es podia sentir vinculat per la Sentència de 15 de maig de 2012, dictada pel Jutjat 1 de Barcelona en el procediment ordinari núm. 646/2010, perquè aquesta tampoc s'havia pronunciat sobre el fons, atès que s'havia limitat a confirmar una resolució d'arxiu.

-Mai va existir un pati de llums comunitari a l'entresòl 1^a del núm. 96 del carrer Sepúlveda. Es va fer constar en el projecte d'edifici llicenciat l'any 1972, però es situà finalment al damunt del cobert de l'entresòl.



-L'anterior circumstància es pot comprovar visualment, examinant, per exemple, les característiques i l'antiguitat dels materials emprats, i també examinant la descripció corresponent a l'escriptura de servituds de data 13 de desembre de 1972, aportada en el seu dia a l'expedient d'obres núm. 723.511.

-La irregularitat que suposà la construcció del pati comunitari a un nivell superior, ja havia prescrit quan es sol·licità la llicència que ara ens ocupa (2013), l'objecte de la qual era la divisió d'un local comercial per tal de dedicar una part del mateix a habitatge.

-El projecte aportat l'any 2013 disposava de certificat col·legial d'idoneïtat tècnica.

-La pretensió de l'Ajuntament resultava, alhora, d'impossible compliment, per imponderables d'ordre civil.

-La condemna en costes imposada pel Jutjat d'instància no procedia; si més no tenint present que el recurs a la via judicial vingué propiciat per la manca de resolució de l'alçada prèvia.

D'altra banda, la rèplica de la defensa lletrada de l'Ajuntament ha estat basada en les consideracions de la Sentència apel·lada i en aquelles que passem a transcriure de forma resumida:

-La Sentència dictada pel Jutjat 1 va ser declarada ferma en data 14 de juny de 2012; raó de més per tal de sostenir el seu caràcter vinculant.

-La certificació col·legial d'idoneïtat tècnica del projecte no era suficient.

-El fet que l'apel·lant hagués manifestat davant el Jutjat 1 que no volia "recuperar" el pati, permet posar en entredit la inexistència d'aquest element.

-La condemna en costes estava prou justificada si tenim present que la controvèrsia ja havia estat resolta anys abans pel Jutjat 1.

TERCER: L'apel·lació haurà de prosperar i el recurs contenciós administratiu haurà de ser estimat en part. En part només, perquè no ens han estat facilitades totes les dades que haurien estat necessàries a l'hora de decidir si la concessió de la llicència sol·licitada per IIB, S.A procedia o no, o si procedia en uns determinats termes i no en uns altres. No debades, la pròpia apel·lant hauria introduït un element de complexitat en suggerir indirectament que el departament o espai concernit per la sol·licitud, podia ser qualificat de "volum disconforme", la qual cosa l'hauria de subjectar al règim previst a aquests efectes per l'art. 108 del text refós de 2010 de la Llei d'urbanisme (TRLU).

En qualsevol cas, la Sentència apel·lada haurà de ser revocada.

Si l'existència d'un primer arxiu no portà l'Ajuntament a inadmetre la nova sol·licitud de llicència (cosa lògica i raonable, per altra banda), l'apel·lant tenia dret a que el Jutjat núm. 17 fes abstracció d'allò que havia resolt un altre Jutjat envers la primera sol·licitud de llicència arxivada. Sobretot en no haver recaigut cap Sentència ferma sobre el fons de l'assumpte; i amb molta més raó si tenim present que la Resolució d'arxiu no es trobava justificada.

Certament, l'ara apel·lant rebé un requeriment de subsanació, al qual respongué en els termes que considerà pertinents. Tanmateix, el caràcter suposadament insuficient d'aquesta resposta no impedia que l'Ajuntament posés punt i final a l'expedient mitjançant una Resolució de concessió o de denegació de la llicència. De concessió pel cas de considerar ajustada a dret la petició; o de denegació pel cas de considerar-la incompatible amb els requisits urbanístics de rigor, de forma directa i plena, o per manca d'acreditació d'alguna premissa necessària.

De fet, la situació en la qual es trobà l'Ajuntament presentava moltes analogies amb el supòsit que en el moment dels fets regulava l'art. 92.2 de la Llei bàsica 30/1992, de 26 de novembre (LPAC): *"No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite."*

Altrament dit: quan l'Administració es trobi en condicions de denegar una sol·licitud emparant-se en la manca d'acreditació dels requisits necessaris, no serà lícit que substitueixi aquesta decisió per una declaració de desistiment tàcit i arxiu.

L'abús en l'aplicació del desistiment tàcit, seguit de l'arxiu de les actuacions, és, certament, una font d'inseguretat jurídica i una manera inadmissible de dificultar una reacció immediata i útil per part dels interessats en obtenir una resposta de fons.

Conseqüentment, haurem d'anul·lar les Resolucions administratives impugnades i l'Ajuntament haurà de prendre una decisió fonamentada de denegació o de concessió de la llicència que ponderi el règim urbanístic



aplicable a la finca en meritis del planejament aplicable, però també l'eventual consideració de l'espai concernit com a "volum disconforme", en els termes de l'art. 108 TRLU, ateses les explicacions donades per l'actora/apel·lant sobre l'historial del projecte llicenciat en origen i la realitat discordant. Realitat discordant aquesta, eventualment o hipotèticament consolidada pel pas del temps i per la manca de reacció per part de l'Administració municipal.

Òbviament, la susdita ponderació, l'haurà de fer el Consistori sense cap mena de vinculació a un certificat col·legial d'idoneïtat tècnica que és irrellevant als presents efectes; i sense cap subordinació a normes l'aplicació de les quals es circumscriu a les relacions privades o entre particulars.

Afegir, per últim, que qualsevol controvèrsia que es susciti amb motiu de l'execució d'aquesta Sentència, podrà ser resolta a través del corresponent incident ex art. 109 LJCA.

QUART: Atesa la regla primera de l'art. 139.2 LJCA, no s'efectuarà cap pronunciament especial en matèria de costes.

DECISIÓ:

Per tot allò que ha estat exposat, aquesta Secció 3ª de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya **HA DECIDIT:**

ESTIMAR el present recurs d'apel·lació núm. 22/2016, promogut per IIB, S.A amb l'oposició de L'EXCM. **AJUNTAMENT DE BARCELONA** i, conseqüentment, **REVOCAR** i deixar sense cap efecte la Sentència núm. 265, de 7 de setembre de 2015, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm. 17 de Barcelona en el sí del procediment ordinari núm. 7/2014- M1. I en substitució de la susdita Sentència:

1: **ESTIMAR PARCIALMENT** el recurs contenciós administratiu ordinari núm. 7/2014-M1, promogut per IIB, S.A contra L'EXCM. **AJUNTAMENT DE BARCELONA** i, a resultes d'això:

1.1: **ANUL·LAR** els actes administratius impugnats, i

1.2: **CONDEMNAR** L'EXCM. **AJUNTAMENT DE BARCELONA** a dictar una Resolució de fons sobre la sol·licitud de llicència formulada per IIB, S.A, amb ponderació de les circumstàncies que apareixen descrites en el fonament jurídic tercer d'aquesta Sentència.

2: **DESESTIMAR** el recurs contenciós administratiu pel que fa a la resta de pretensions.

Sense condemna en costes; ni en primera, ni en segona instància.

Notifiqui's, i faci's saber a les parts que aquesta Sentència no és ferma.

Contra la mateixa podrà interposar-se recurs de cassació davant el Tribunal Suprem.

Aquest recurs haurà de preparar-se davant d'aquesta la nostra Sala i Secció en un termini màxim de trenta dies hàbils, comptadors des de l'endemà d'haver estat rebuda la notificació corresponent, de conformitat amb l'art. 89 i següents de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA), modificada per la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol.

La preparació del recurs de cassació haurà d'ajustar-se a les previsions de l'art. 89.2 LJCA i només podrà fonamentar-se en la vulneració del dret estatal o europeu. En qualsevol cas, els seus promotors hauran de tenir present l'Acord de 19 de maig de 2016, del Consell General del Poder Judicial, pel qual es fa públic l'Acord de 20 d'abril de 2016, de la Sala de Govern del Tribunal Suprem, de fixació de regles sobre l'extensió màxima i altres condicions extrínseques dels escrits processals referits al Recurs de Cassació (BOE núm. 162, de 6 de juliol de 2016).

No hi cabrà, en canvi, recurs de cassació davant la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya fonamentat en l'eventual vulneració del dret autonòmic, en equiparar-se, en aquest cas, les Sentències dictades per la Sala del Tribunal Superior, a les dictades per la Sala 3ª del Tribunal Suprem en el seu propi àmbit (Resolucions interlocutòries de 10 de maig de 2017, entre d'altres, dictades per la Secció de Cassació de la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en els recursos de cassació autonòmica núm. 3/2017 i 8/2017).

Aquesta és la nostra Sentència, que pronunciem, manem i signem. Adjunteu-ne una certificació literal al rotlle d'apel·lació i lliureu-ne testimoni al Jutjat d'origen junt amb les actuacions rebudes, als efectes de les diligències d'execució que s'escaiguin, així que el present veredicte hagi esdevingut ferm.

PUBLICACIÓ.- El dia d'avui i en audiència pública, el Magistrat ponent ha llegit i ha publicat la Sentència anterior. En dono fe.