



Roj: **STSJ CAT 9708/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:9708**

Id Cendoj: **08019330032018100814**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **23/10/2018**

Nº de Recurso: **21/2017**

Nº de Resolución: **898/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **FRANCISCO LOPEZ VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Tercera

Rollo de apelación número 21/2017 (S)

Dimanante del recurso ordinario nº 182/2015 del JCA 11 **Barcelona**

Parte apelante: "JOSEL, SLU"

Parte apelada: **Ayuntamiento** de **Barcelona**

SENTENCIA N° 898

Ilmos. Sres. Magistrados

Manuel Táboas Bentanachs

Francisco López Vázquez

Eduardo Rodríguez Laplaza

En la ciudad de **Barcelona**, a veintitrés de octubre de dos mil dieciocho.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey de España, el recurso de apelación seguido ante la misma con el número de referencia, promovido, en su calidad de parte apelante, a instancia de "JOSEL, SLU", representada por el procurador de los tribunales Sr. de Anzizu Pigem, contra el **Ayuntamiento** de **Barcelona**, representado, en su calidad de parte apelada, por el procurador Sr. Sanz López, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 11 de los de **Barcelona**, en los autos de su referencia arriba indicada, se dictó sentencia número 260, de fecha 17 de octubre de 2.016, desestimando el recurso contencioso-administrativo presentado con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO. Interpuesto contra tal resolución recurso de apelación, admitido y formulada oposición, fueron remitidas las actuaciones a esta Sala, donde, comparecidas las partes, se señaló la votación y fallo para el día 11 de octubre de 2.018, habiéndose seguido en la tramitación las prescripciones legales, salvo las referidas a los plazos, ante la importante carga de trabajo que pende ante esta Sección.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. Para una más adecuada comprensión de los términos del debate se estima conveniente el establecer una somera relación de los hechos más relevantes que se desprenden del expediente administrativo:

a) La apelante solicitó el día 27 de junio de 2.014 un informe urbanístico previo a solicitar licencia de obras para una actuación global sobre una fachada en un edificio en la calle Ferran catalogado con el nivel C, con cambio de uso. El 2 de julio de 2.014 solicitó licencia de obras para rehabilitar un edificio destinado a hotel de tres estrellas.

b) El día 29 de julio siguiente se emitió por los servicios técnicos municipales un llamado informe urbanístico previo para obras de gran rehabilitación, reforma o rehabilitación con cambio de uso principal del edificio. Tal informe, sin entrar en detalle alguno sobre la adecuación o no del proyecto presentado a la normativa urbanística de aplicación, indicó que, con carácter previo a la solicitud de la licencia de obras se había de solicitar al distrito informe urbanístico previo de la actividad, para determinar su compatibilidad con el Plan especial de establecimientos de concurrencia pública de Ciutat Vella, entre otra normativa. También supeditaba las actuaciones al informe de patrimonio, concluyendo en que se podía continuar con el trámite en tanto se solicitaban y aportaban tales informes.

c) El 30 de julio de 2.014 emitió informe desfavorable patrimonio, por resultar el proyecto no ajustado a las previsiones de su Plan especial de protección, de 27 de octubre de 2.000.

d) El 30 de enero de 2.015 fue denegada la licencia solicitada, asumiendo un previo informe técnico de 29 de noviembre anterior a cuyo tenor faltaba el cumplimiento de una condición esencial, pues al proyecto no se acompañó el informe urbanístico previo exigido por el manual operativo, de 7 de octubre de 2.013, del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública de Ciutat Vella, en relación con las condiciones de densidad de los establecimientos (para cuya aportación había sido requerida previamente la apelante). Este plan y el resto de normativa vigente -continuaba el informe técnico- prevén que la mayoría de estas actividades queden sometidas al régimen de comunicación una vez efectuadas las obras, por lo que los interesados podrían realizar obras sin tener la certeza de que la actividad estuviese admitida en el citado plan de usos. Por eso, de acuerdo con la Ley 20/2009, se regula el informe urbanístico previo de las actividades que están limitadas por razones de densidad o distancia por el plan de usos. Este informe se ha de pedir con carácter previo a la presentación del comunicado para la actividad y también antes de la solicitud de licencia, sea de actividades o de obra con actividad determinada.

SEGUNDO. La caótica regulación administrativa existente en la materia de que se trata, absolutamente contraria a la deseable tendencia hacia la llamada ventanilla única, no impide distinguir y diferenciar, en lo que ahora interesa y pese a su interrelación en numerosos aspectos, entre la normativa propia de patrimonio, la de urbanismo y la de actividades medioambientales.

En el caso concreto, dado que la apelante solicitó en su momento una licencia de obras para rehabilitar un edificio destinado a hotel de tres estrellas, nos encontramos sustancialmente en el campo del urbanismo, donde aparte de un informe de carácter urbanístico, que la apelante solicitó ya el día 27 de junio de 2.014, la normativa estrictamente urbanística de aplicación no exige la solicitud o emisión del segundo informe que le viene exigido, estando de acuerdo esta Sala con la sentencia de instancia en la carencia de vinculación normativa ante esta jurisdicción del llamado manual operativo en que se sustenta la administración, en cuanto mera orden o circular interna de funcionamiento, en cuya eventual impugnación indirecta no insiste la apelante en esta alzada.

Hasta el punto que el **ayuntamiento**, al contestar la demanda, se sustenta entonces por vez primera en los artículos 52 y 60 de una ley no destinada a regular el urbanismo, sino las actividades ambientales, como lo es la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades. El primero de los cuales únicamente impone, siempre dentro del llamado régimen de comunicación (no del estricto régimen de la licencia urbanística), que tal comunicación se formalice "una vez acabadas las obras y las instalaciones necesarias, que tienen que estar amparadas por la licencia urbanística correspondiente" o, si procede, por la comunicación previa de obras no sujetas a licencia, y también por las demás licencias sectoriales necesarias para llevar a cabo la actividad. Y que, si quieren utilizarse para un uso concreto edificaciones existentes construidas sin uso específico, es necesario (siempre dentro del específico procedimiento de comunicación de la actividad) un informe previo favorable de compatibilidad urbanística del **ayuntamiento**, en los términos que regula el artículo 60.

Artículo 60 que, también dentro del título referido, establece que el informe urbanístico establecido en el artículo 52 debe solicitarse al **ayuntamiento** presentando la documentación fijada reglamentariamente (obviamente en el marco de la solicitud o comunicación de una licencia de actividad, al comprenderse el



precepto dentro de un título dedicado a las disposiciones comunes a los diversos regímenes de intervención administrativa en las actividades, que no en el urbanismo).

Tampoco cabe sustentar la nueva exigencia en el contenido del artículo 17 de la Ordenanza municipal sobre los procedimientos de intervención municipal en obras, pues este únicamente impone que, en el caso de obras como las de autos, con cambio de uso del edificio, previamente a la solicitud de licencia se haya de solicitar el informe urbanístico municipal, con objeto de verificar la adecuación urbanística del proyecto en fase de redacción. Informe que, como queda dicho, ya interesó la apelante en su momento y que, como el propio precepto de que se trata señala, debe determinar las condiciones urbanísticas que se han de cumplir, sin perjuicio de otras cuestiones que se deriven del proyecto que finalmente se presente, debiendo pronunciarse, entre otros aspectos, sobre las condiciones urbanísticas detalladas aplicables en materia de planeamiento urbanístico.

Informe que, por lo demás, aparece emitido en el expediente en fecha 29 de julio de 2.014 (folios 52 y siguientes), por más que este termine proponiendo la exigencia de otro informe previo a la actividad, en relación con el tan citado plan especial de Ciutat Vella. Otro informe urbanístico, esta vez de los servicios municipales de patrimonio y con similar exigencia final, obra a folios 59 y siguientes. Existe también incluso un informe técnico "de actividades e instalaciones" a folio 42 que, tras entender que las de autos se adaptan a la normativa vigente, únicamente propone legalizar la futura actividad mediante la correspondiente comunicación previa. Además, como en la sentencia de instancia se recoge, pese a que obra en el expediente administrativo un informe de patrimonio de carácter desfavorable, con posterioridad a la denegación de la licencia obtuvo la recurrente un nuevo informe favorable el día 16 de abril de 2.015. Cuestión, en cualquier caso, ajena, por no contemplada en ellas, a las resoluciones administrativas objeto de este proceso, ya viniese tal nuevo informe motivado o no en un cambio o modificación del proyecto originario.

TERCERO. La sentencia de esta Sala número 199, de 2 de abril de 2.014 (recurso ordinario 280/2010), anuló a instancia de la misma parte aquí apelante el acuerdo del Pleno Municipal del **Ayuntamiento de Barcelona** de 23 de julio de 2.010, aprobando definitivamente el Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otros servicios del distrito de Ciutat Vella, pero únicamente en lo referido al apartado 3 de su artículo 14 (titulado "Condición de renuncia de licencia en la propia zona específica"); a su apartado 7 ("Condición de renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero"); al segundo inciso del apartado 8 del mismo artículo ("Admisión de remodelación con ampliación del uso hotelero con renuncia de licencia actual equivalente en número de plazas de uso hotelero"), este en cuanto imponía para la remodelación y ampliación del uso hotelero la renuncia de una o varias licencias del mismo titular de los epígrafes h) y p) con el número de plazas hoteleras iguales o superiores al incremento proyectado, y el artículo 20.b.2 y la sección 5ª del capítulo IV, en cuanto regulaba de forma complementaria o detallada las anteriores condiciones anuladas.

Sin embargo tal sentencia, por las razones expuestas en sus fundamentos quinto y sexto, desestimó el recurso entonces interpuesto en todo lo demás, muy particularmente en lo referido a la condición específica de densidad que para la zona específica ZE-5 se establecía en su artículo 14.2.b).

Condición específica de densidad directamente relacionada con las resoluciones objeto de este nuevo proceso, donde la apelante sostiene que no es aplicable a las obras de autos, pese a radicar las obras precisamente en lo que señala como ZE-5A.

Cuestión que esta Sala, como el Juzgado, tampoco está en condiciones de determinar, a falta de otra prueba que la apelante pudo proponer en su momento, con la simple aportación por su parte a los autos o al expediente administrativo de ciertos planos señalando la ubicación de las obras. Pues, siendo cierto que el derecho no tiene que ser probado, sí que tienen que serlo las circunstancias y condiciones que, en cada caso, resulten determinantes para su aplicación.

CUARTO. Llegados a este punto se ha de recordar que el párrafo 4 del artículo 77 del Decret 17/1995, de 17 de junio, aprobando el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales en Catalunya, dispone que en ningún caso se otorgará la licencia de obras sin la concesión previa o simultánea de la relativa a la actividad. Habiendo señalado al respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo que es ya tradicional en nuestro derecho la distinción entre la licencia urbanística y la licencia de actividad, contemplando y autorizando la primera, en lo que ahora importa, la construcción de un edificio o su reforma, mientras que la segunda proyecta el control preventivo sobre la actividad a desarrollar en aquél. Esta dualidad de conceptos, con regulación en cuerpos normativos formalmente diferenciados, implica una quiebra en la aspiración de universalidad característica del urbanismo, que pretende abarcar todos los aspectos jurídicos, habiendo recibido apoyo de la Constitución Española que, al regular sobre la base del principio de la competencia el nuevo reparto territorial del poder que representan las Comunidades Autónomas, diferencia el urbanismo y



la ordenación del territorio, por un lado, y la protección del medio ambiente, por otro (artículos 148.1.3ª y 9ª, y 149.1.23ª). Y esta diferenciación formal de la licencia urbanística y la de apertura ha dado lugar a un determinado encadenamiento temporal de ambas, representado por el hecho de que la licencia de apertura ha de obtenerse con anterioridad, o, por lo menos, simultáneamente a la licencia urbanística, para evitar precisamente el gasto innecesario de una construcción en la que no va a resultar posible la actividad que se pretende.

Lo que no supone, pese a que no se observe ese orden y la licencia de actividad se conceda con posterioridad a la de obras, la nulidad de esta última apoyada en la circunstancia de que el uso proyectado en su momento y luego concedido venga autorizado con total claridad en la normativa urbanística.

QUINTO. Atendidos los términos del artículo 139 de la ley jurisdiccional no procede condena en costas en ninguna de las instancias.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS

ESTIMAMOS EN PARTE el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de "JOSEL, SLU" contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 11 de los de **Barcelona** de fecha 17 de octubre de 2.016, sentencia que **REVOCAMOS** y en su lugar, **ESTIMAMOS EN PARTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Sr. Tercer Teniente de Alcalde del **Ayuntamiento de Barcelona** de 30 de enero de 2.015, denegando a, la apelante licencia de obras para la rehabilitación de un edificio en calle Ferran, 34. **ORDENAMOS** al **ayuntamiento** apelado que, en el plazo de los 30 días hábiles siguientes al de la firmeza de esta resolución, proceda a resolver la procedente en orden a la concesión o denegación de la licencia solicitada atendiendo exclusivamente a razones urbanísticas y sin perjuicio de que, caso de otorgarla, pueda supeditar su eficacia a la concesión de la correspondiente licencia de actividad. Sin costas en ninguna de las instancias.

Firme que sea esta resolución, con certificación de la misma y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procédase a la devolución al Juzgado de procedencia de las actuaciones y expediente recibidos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que no es firme, pudiendo interponer frente a ella **recurso de casación ante la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo**, siempre que pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado y que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por esta Sala sentenciadora, recurso deberá prepararse ante esta misma Sala y Sección sentenciadora en el plazo de los 30 días siguientes al de la notificación de esta resolución, con el cumplimiento de los requisitos enumerados en los artículos 86 y siguientes, debiendo tenerse presente el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 19 de mayo de 2016, por el que se publica el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación (B.O.E. nº 162, de 6 de julio de 2.016).

No cabrá contra esta resolución, por el contrario, recurso de casación ante la Sección de Casación de esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia a que se refiere el segundo inciso del artículo 86.3 de la ley jurisdiccional, por infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, por equiparación en este caso de las sentencias de esta Sala a las dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su propio ámbito, tal como han declarado los autos de la Sección de Casación de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de 10 de mayo de 2.017 (recursos de casación 1/2017, 3/2017, 4/2017, 5/2017 y 8/2017).

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, constituido en audiencia pública. Doy fe.