



Roj: **STSJ CAT 7142/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:7142**

Id Cendoj: **08019330032018100564**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **03/09/2018**

Nº de Recurso: **138/2016**

Nº de Resolución: **764/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **EDUARDO RODRIGUEZ LAPLAZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Recurso de apelación sentencia nº 138/2016

Partes: "Tusca 2005, S.L." c/ **Ayuntamiento de Barcelona**

SENTENCIA nº 764/2018

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

DON MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

MAGISTRADOS

DON FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ

DON EDUARDO RODRÍGUEZ LAPLAZA

En la ciudad de **Barcelona**, a tres de septiembre de dos mil dieciocho.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN TERCERA), ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación sentencia número 138/2016, interpuesto por "Tusca 2005, S.L.", representada por el Procurador D. Carlos Montero Reiter, y dirigida por el Letrado D. Jordi Gelpí Arroyo, siendo parte apelada el **Ayuntamiento de Barcelona**, representado por la Letrada Dña. Teresa Padrós Batlló. Es Ponente DON EDUARDO RODRÍGUEZ LAPLAZA, Magistrado de esta Sala, quien expresa el parecer de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 299/2013 tramitado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 17 de **Barcelona**, el 13 de enero de 2015 se dictó sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo formulado por la aquí apelante contra la desestimación presunta de solicitud de "revisión de los actos administrativos dictados en el expediente nº 06-08-00848/6", "en relación con la construcción existente en la terraza superior de la vivienda de mi mandante y con la resolución sancionadora de fecha 22.10.2012, declarando todo lo actuado en relación con tales actos sin efecto ni valor".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia la parte recurrente interpuso recurso de apelación, elevándose las actuaciones a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La apelante suplica sentencia que, revocando la de instancia, "decrete la nulidad de pleno derecho de todos los actos administrativos dictados en el expediente nº 06-08-00848 tramitado por el Ajuntament de **Barcelona**,



en lo que respecta a la construcción existente en la terraza superior de la finca de mi mandante, desde el acto/resolución de fecha 20.10.2009 y en consecuencia revoque todas las medidas coercitivas y sancionadoras dictadas contra el mismo en dicho expediente".

TERCERO.- Turnado a la Sección tercera de dicho Tribunal, se acordó formar el oportuno rollo, designar Magistrado Ponente y, no habiéndose recibido el proceso a prueba ni dado trámite de vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones, señalándose finalmente para votación y fallo el día 23 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el recurso de apelación tiene por objeto la sentencia de 13 de enero de 2015 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de **Barcelona**, desestimando el recurso contencioso administrativo formulado por la apelante contra la desestimación presunta de solicitud de "revisión de los actos administrativos dictados en el expediente nº 06-08-00848/6", "en relación con la construcción existente en la terraza superior de la vivienda de mi mandante y con la resolución sancionadora de fecha 22.10.2012, declarando todo lo actuado en relación con tales actos sin efecto ni valor".

La apelante despliega las siguientes consideraciones en sustento de su pretensión revocatoria del resultado procesal de la instancia:

- inexistencia de inspección urbanística que justifique las órdenes de derribo y actos dictados en el expediente en cuanto al cierre existente;
- no constan en el expediente las actuaciones inspectoras y las justificaciones/explicaciones técnicas mínimas necesarias por la Administración demandada que puedan justificar la incoación del expediente;
- la ausencia de inspección urbanística real determina la concurrencia de causa de nulidad;
- se acreditó la inexistencia de mediciones en el interior de la finca con que constatar la infracción de la altura reguladora;
- el técnico municipal autor del informe inicial tomó fotografías exteriores sin entrar en la finca;
- consta escrito de alegaciones de 6 de julio de 2010 instando la práctica de inspección conjunta con técnico de la apelante, que fue rechazada;
- con la prueba practicada ante el órgano a quo se ha constatado que la construcción no infringe el parámetro del art. 251 de las NNUU;
- respecto al incumplimiento de la medida cautelar de suspensión acordada, la resolución de 22 de octubre de 2012 impone sanción de 300 euros en base al incumplimiento de la orden de derribo de 7 de septiembre de 2010, encontrándose ésta suspendida cautelarmente;
- adoptada medida cautelar el 27 de febrero de 2012 en los autos de recurso nº 593/2011 seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de esta plaza, la declaración de inadmisibilidad del mismo, por auto de 30 de marzo de 2012, fue recurrida en apelación, manteniéndose vigente a su pendencia la medida cautelar adoptada;
- pese a ser imposible incumplir una orden de derribo suspendida cautelarmente, se impuso a la apelante la anterior multa coercitiva, reiterándose la orden de derribo de 7 de septiembre de 2010;
- el criterio del juzgador a quo, al entender que la suspensión cautelar ya no afectaba a la Administración al disponer la multa coercitiva es erróneo, pues la propia Administración reconoció la improcedencia de la resolución sancionadora de 22 de octubre de 2012, por estar suspendida cautelarmente y en vía judicial la resolución de derribo;
- "el hecho de haberse reconocido por la propia Administración demandada la improcedencia de algunos de los actos administrativos dictados en el expediente administrativo previo, así como algunas de las irregularidades cometidas durante su tramitación (...) pone suficientemente de manifiesto las irregularidades cometidas durante la tramitación del expediente administrativo y la procedencia de la estimación de la solicitud de revisión";
- "durante la tramitación del expediente administrativo se han vulnerado algunas de las normas del procedimiento legalmente establecido en lo referente (...) a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística y en materia sancionadora";
- el acuerdo de incoación del expediente de disciplina urbanística tuvo fundamento en un informe inicial manifiestamente insuficiente;



- a resultas de lo anterior las órdenes de derribo "resultaban también injustificadas";
- pese a la suspensión cautelar de la orden de derribo de 7 de septiembre de 2010 la Administración continuó la tramitación, dictando nuevas resoluciones sancionadoras; y
- se llegó a iniciar la vía de apremio para el cobro de sanciones pecuniarias por la comisión de infracciones inexistentes.

SEGUNDO.- En el análisis de la controversia planteada en esta alzada, circunscrita la polémica al escrutinio de los motivos de nulidad hechos valer por la parte recurrente en su escrito de fecha 13 de marzo de 2013 (folios 195 y ss. del expediente administrativo), que reproduce en sus escritos de demanda y apelación, éstos se reconducen a uno solo, proyectado de modo indiscriminado y en una suerte de cascada sobre cuantos actos se han sucedido en el procedimiento de protección de la legalidad urbanística de que los presentes autos toman razón.

Al respecto, y partiendo de lo rudimentario del planteamiento de la apelante, habremos de comenzar por recordar que el motivo de nulidad aducido, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 62.1.e) de la Ley 30/1992), requiere no de una simple irregularidad procedimental, sino de la omisión de trámites esenciales, hasta el punto de quedar desfigurado el procedimiento, y no alcanzar a cumplir los fines que le son propios. Aquí, por el contrario, la apelante pretende la ausencia de un informe técnico que avalare la conculcación de parámetros urbanísticos digno de ser considerado tal. Puesto que el informe existe, de entrada, y así lo reconoce la propia apelante, previo a la primera de las resoluciones considerando la obra manifiestamente ilegalizable y requiriendo su derribo, de 20 de octubre de 2009, datado a fecha 13 de julio de 2009 (folio 14 del expediente), y de él se dio vista para formular alegaciones al interesado sujeto al ejercicio de aquella potestad de protección de la legalidad urbanística. No por resultar ello obvio habremos de dejar de recordarlo: la simple disconformidad con el criterio del correspondiente técnico municipal, con la calificación de la infracción cometida y sujeta a ejercicio de potestad de restauración, o con los medios empleados por aquél en orden a la constatación de ésta, no constituye razón determinante de tacha alguna de invalidez por nulidad radical en el acto disponiendo la restauración de la realidad alterada, susceptible de invocación en sede de revisión, sino, en todo caso, motivo a plantear con ocasión de la ordinaria impugnación del acto en sede de recurso gubernativo y posterior judicial.

A cuenta de las reiteradas alusiones al carácter sancionador de la multa impuesta por resolución de 22 de octubre de 2012 (folio 155 del expediente administrativo), la propia apelante la califica a su vez de multa coercitiva, y, resulta ésta afirmación que remonta a los más rudimentarios fundamentos de la ciencia administrativa, habrá de recordarse que tal multa coercitiva no constituye resolución sancionadora, sino medio de ejecución forzosa de acto administrativo susceptible de ella. La citada multa coercitiva se impuso aquí para mover la voluntad del administrado en orden a dar cumplimiento de un acto, resolución de 7 de septiembre de 2010, por aquel entonces objeto de impugnación judicial, no resuelta con firmeza.

Así, en sus autos de recurso nº 593/2011, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de **Barcelona** había pronunciado auto declarando inadmisibile el recurso contencioso administrativo interpuesto contra aquella resolución de 7 de septiembre de 2010, el 30 de marzo de 2012, auto que sucedió en el tiempo a la previa adopción de medida cautelar de ésta, el 27 de febrero de 2012 (folios 175 y ss. del expediente administrativo), sucesión ciertamente sorprendente, pues ambas resoluciones, cautelar y de inadmisibilidad del recurso, apenas distan entre sí un mes, y que fue objeto de recurso de apelación, seguido ante esta Sala bajo el número 229/2012.

El recurso de apelación sería resuelto por sentencia de esta Sala, de 1 de febrero de 2013, a tenor de cuyos razonamientos, en lo que aquí importa:

"(...) TERCERO.- Obran en el expediente administrativo en el que se ha dictado el acto recurrido los siguientes datos de interés para la resolución del recurso: resolución dictada el 20 de octubre de 2009 por el Regidor del Districte de Gràcia, por la que se declaran manifiestamente ilegalizables las obras efectuadas sin licencia en la calle Ticià, 62-64, requiriendo su derribo; escrito de alegaciones presentado por la aquí apelante el 20 de abril de 2010, en el que se pide la revisión de la resolución adoptada con la indicación de que los vidrios laterales de cierre de la terraza se pueden quitar y transformar el volumen en un porche; resolución de 25 de mayo de 2010 por la que se reitera la orden de 20 de octubre de 2009, de derribo de las obras; nuevo escrito de alegaciones de la apelante en el que, tras referir que en el informe correspondiente a la inspección de 7 de mayo 2010 se indica que "es comprova l'existència d'un tancament d'alumini en la terrassa superior" y que ello no se corresponde con la realidad pues los perfiles son de madera y vidrio, se pide nuevamente la revisión de lo acordado al poder ser considerado el cerramiento de la terraza como desmontable, en cuyo caso no sería de aplicación el artículo 251 de las NNUU del PGM; resolución de 7 de septiembre de 2010 del 2010 del Gerent del Districte de Gràcia.



El recurso en el que se ha dictado el auto apelado tiene por objeto la desestimación por acto presunto del recurso de alzada formulado contra la resolución adoptada el 7 de septiembre de 2010 por el Gerent del Districte de Gràcia, por la que se reitera la orden de 25 de mayo de 2010, de derribo de las obras ilegalizables realizadas sin licencia, consistentes en el cierre de una terraza en la calle Ticià 62-64. En esta resolución se recoge indicación de que contra la misma cabe recurso de alzada y contra su desestimación se puede interponer recurso contencioso administrativo.

La inadmisión del recurso declarada en el auto apelado no se sustenta en la información de los recursos contenida en la resolución expresa, sino en la consideración de que la resolución de 7 de septiembre de 2010 es reproducción de otras definitivas y firmes al no haberse interpuesto recurso contra la mismas.

Dado traslado mediante providencia de fecha 8 de marzo de 2012 a las partes para alegaciones sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisión del recurso prevista en el artículo 51.1c), en relación con el artículo 28, de la LJCA, la aquí apelante en su escrito de alegaciones introdujo referencia en relación con la información sobre recurso contenida en la resolución de 7 de septiembre de 2010.

El auto apelado resuelve dentro de los términos del traslado dado a las partes para alegaciones en la citada providencia, sin que el no tratamiento de otras cuestiones planteadas por la recurrente en su escrito de alegaciones comporte un vicio de incongruencia del auto apelado, al resultar ajeno al mismo y sin incidencia en la declaración de inadmisión del recurso.

CUARTO.- Como se expresa en el auto apelado, las resoluciones de 20 de octubre de 2009 y 25 de mayo de 2010 no constan recurridas, por lo que son actos consentidos y firmes.

La resolución de 7 de septiembre de 2010 tiene su origen en el escrito presentado el 6 de julio de 2010 por la aquí apelante, tras el dictado de la resolución de 25 de mayo de 2010. En ese escrito, tras referir que en el informe correspondiente a la inspección de 7 de mayo 2010 se indica que "es comprova l'existència d'un tancament d'alumini en la terrassa superior" y que ello no se corresponde con la realidad pues los perfiles son de madera y vidrio, se pide nuevamente la revisión de lo acordado al poder ser considerado el cerramiento de la terraza como desmontable, en cuyo caso no sería de aplicación el artículo 251 de las NNUU del PGM.

El defecto que se denuncia no se contiene en el citado informe de 7 de mayo de 2010 sino en el de fecha 13 de julio de 2009 (folio 14 del expediente administrativo), en el que se documenta la visita de inspección efectuada el 7 de julio de 2009.

Ese defecto pudo y debió hacerse valer en la impugnación en vía administrativa y después en vía judicial de la resolución dictada el 20 de octubre de 2009. No habiendo sido así la aquí apelante ha perdido toda oportunidad de revisión jurisdiccional de la resolución adoptada que acuerda el derribo, sin que la reiteración de esa orden contenida en el acto recurrido, de 7 de septiembre de 2010, reabra esa posibilidad en cuanto que el mismo se limita a reiterar la orden de derribo. (...)"

Podría polemizarse a cuenta de en qué medida el acto administrativo disponiendo la ejecución forzosa de otro impugnado judicialmente, y objeto de suspensión cautelar por órgano de este orden jurisdiccional, habría de estimarse incurso en vicio de nulidad, mas no, desde luego, en base a la tosca fundamentación de la apelante, que cree reconducible cualquier irregularidad procedimental habida, y ésta es la única apreciable en verdad en el presente expediente, al socorrido vicio de haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. La causa de nulidad a invocar en solicitud de revisión administrativa no se revelaría en todo caso en tal supuesto clara, allí donde la defensa de la vigencia de la decisión judicial cautelar suspensiva habría de incumbir al propio órgano judicial que la dispuso, en tanto no decayere merced a pronunciamiento que cerrare el debate procesal, desfavorable al recurrente. No a la Administración que, ignorando el alcance de la medida cautelar suspensiva, hubiere ello no obstante resuelto desplegar actos de ejecución forzosa del suspendido por el Tribunal.

Más allá de lo anterior, y a mayor descrédito de la posición de la apelante, tenemos que la misma se sirvió recurrir en alzada la resolución imponiendo multa coercitiva, el 7 de diciembre de 2012 (folios 184 y ss. del expediente administrativo), y aun la correspondiente providencia de apremio, el 13 de marzo de 2013 (folios 109 y ss. de los autos elevados a esta Sala), para, sin esperar a la resolución de ambos, o impugnar su desestimación presunta en sede judicial, plantear la amalgamada solicitud de revisión de oficio, que incluiría ambos, en la misma fecha de interposición del segundo de aquellos recursos de alzada. La incoherencia es manifiesta, pues, abierta a la recurrente la vía judicial en el primer caso, y pendiente de resolución el recurso de alzada en el segundo, no puede comprenderse, y resultaba inviable, el planteamiento de solicitud alguna de revisión de oficio por nulidad, que, por definición y puro concepto legal del instituto (art. 102.1 de la Ley 30/1992), no procede sino contra actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, que no es el caso, evidentemente. Insistimos, ello sin prejuzgar, lo



que entendemos de difícil viabilidad, que a la Administración compete fiscalizar sus propios actos por motivo de invalidez atinente a haber despreciado la vigencia y alcance de medida cautelar suspensiva del acto que ejecuta, allí donde la defensa de aquélla corresponde al propio órgano judicial que la sanciona.

TERCERO.- A modo de simple pero ineludible constatación, tampoco entendemos que la Administración apelada, a la sazón, viniere a resolver ambos recursos de alzada calificando la correspondiente resolución de revocación en ejercicio de potestad del art. 105 de la Ley 30/1992 (complemento de expediente aportado por aquélla en escrito de fecha 5 de marzo de 2014), dicho sea esto al margen de los motivos de impugnación planteados por la apelante, y sin que afecte a la resolución de la presente contienda, más allá de lo ya razonado a cuenta de la competencia judicial en la tutela de las propias resoluciones cautelares, pues, que planteado recurso de alzada, haciendo valer contra la multa coercitiva y su exacción la pendencia de medida cautelar suspensiva sobre el acto de cuya ejecución forzosa se trata, venga por la Administración a disponerse la revocación de ambos actos, multa coercitiva y apremio, dando respuesta a título de revocación de actos a sendos recursos de alzada, se revela incomprensible, en términos de elemental técnica depurada de resolución de recursos administrativos.

Procede por todo lo anterior la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer a la recurrente las costas de la presente apelación, con el límite de 1.500 euros, más el IVA que, en su caso, corresponda.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Tercera, ha decidido:

Primero. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Tusca 2005, S.L." contra sentencia de 13 de enero de 2015 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de **Barcelona**.

Segundo. Condenar a la parte apelante las costas del presente recurso, con el límite indicado.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, conforme a los arts. 86 y ss. LJCA.

Así por esta nuestra sentencia, que será notificada a las partes, llevándose testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.