

El TJUE rebate ese argumento y establece que:

“(…) la esencia de la concesión reside en el hecho de que el propio concesionario soporta el riesgo económico principal o, cuando menos, sustancial, de explotación (véase, en este sentido, en relación con las concesiones de servicios públicos, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p-I 0000, apartados 59 y 77). En una situación como la aludida por la Comisión, el riesgo está relacionado con las competencias normativas del poder adjudicador en materia urbanística y no con la relación contractual dimanante de la concesión. En consecuencia, el riesgo no está relacionado con la explotación.”

El TJUE niega la posibilidad de concesiones ilimitadas en el tiempo: “(…) En cualquier caso, en cuanto a la duración de las concesiones, motivos serios, entre los cuales figura, en particular, el mantenimiento de la competencia, llevan a considerar que el otorgamiento de concesiones ilimitadas en el tiempo es contrario al orden jurídico de la Unión, como ha señalado el Sr. Abogado General en los puntos 96 y 97 de sus conclusiones [véase, en el mismo sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008 (TJCE 2008, 132), pres-text Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 73].”

En consecuencia, el TJUE responde a la séptima cuestión que, en las circunstancias del asunto principal, “(…) no puede existir una concesión de obras públicas, en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, cuando el único operador al que puede atribuirse la concesión ya es propietario del solar en el que se va a edificar o cuando la concesión se otorga sin limitación de plazos.”

### Sobre las cuestiones octava y novena

El TJUE sintetiza las cuestiones prejudiciales octava y novena del siguiente modo: “(…) si las disposiciones de la Directiva 2004/18, son aplicables cuando un poder público vende un terreno a una empresa al tiempo que otro poder público pretende adjudicar un contrato de obras en ese terreno pese a

no haber decidido aún formalmente otorgar dicho contrato. La novena cuestión versa sobre la posibilidad de considerar como una unidad, desde el punto de vista jurídico, la venta del terreno y la posterior adjudicación en éste de un contrato de obras.”

Es importante la advertencia que realiza el TJUE: “(…) A este respecto, conviene no excluir de entrada la aplicación de la Directiva 2004/18, a un procedimiento de adjudicación en dos fases, caracterizado por la venta de un terreno sobre el que recaerá posteriormente un contrato de obras, considerando estas operaciones como una unidad.”

Sin embargo, en el caso planteado el TJUE es taxativo: “(…) las circunstancias del asunto principal no confirman la existencia de los presupuestos de semejante aplicación de la citada Directiva.”

El razonamiento es:

“(…) las partes en el asunto principal no han contraído obligaciones jurídicamente vinculantes. En primer lugar, el Ayuntamiento de Wildeshausen y GSSI no han suscrito obligaciones de dicha naturaleza. GSSI no se ha comprometido tampoco a realizar el proyecto de valorización del terreno comprado. Por último, los contratos de compraventa ante notario no contienen indicio alguno de una próxima adjudicación de un contrato público de obras.

“Las intenciones que los documentos obrantes en autos ponen de manifiesto no constituyen obligaciones vinculantes ni pueden cumplir en ningún caso el requisito de contrato escrito exigido por el propio concepto de contrato público previsto en el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18.”

El TJUE responde a las cuestiones octava y novena que: “(…) en circunstancias como las del asunto principal, no son aplicables las disposiciones de la Directiva 2004/18 cuando un poder público vende un terreno a una empresa al tiempo que otro poder público pretende adjudicar un contrato de obras en ese terreno pese a no haber decidido aún formalmente otorgar dicho contrato.”

## D) Jurisdicción contencioso-administrativa

### 1. Régimen jurídico y procedimiento administrativo común

**Tribunal Supremo. La fecha en que se dicta el acto de iniciación de un expediente sancionador, inicia el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, porque su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditado a la notificación**

**Órgano:** Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 4709/2005

**Fecha:** Sentencia de 3 de febrero de 2010

**Ponente:** Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

**Demandante:** Compañía mercantil

**Demandada:** Comunidad Autónoma de Andalucía

**Disposiciones analizadas:** Artículo 43 LRJPAC y artículo 11.1 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

**Doctrina:** La fecha del acto de iniciación de un expediente sancionador inicia el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, porque su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditado a la notificación.

La caducidad del procedimiento sancionador determina, junto a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, la improcedencia de todas las órdenes que la Administración imponga para llevar a cabo la restitución de las fincas a su situación forestal originaria, así como la inscripción de tal obligación en el Registro de la Propiedad, aunque estas últimas prescripciones no se sustenten en el ejercicio de la potestad sancionadora.

La imposición de obligación de proceder a la repoblación, aun establecida en una resolución con la que se concluye un procedimiento sancionador, no es consecuencia del ejercicio de tal potestad sancionadora, ello, sin embargo, no quiere decir que tal imposición quede al margen de –o no afecte a– la corrección jurídica del expediente o procedimiento en el que la misma ha sido impuesta

### Supuesto de hecho

Se impugna en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 20 de octubre de 2003, que desestimó el recurso formulado por la entidad “Comercializadora de Fincas S.A.” contra Resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, adoptada en su sesión de 25 de noviembre de 1997, por la que, con motivo de la tala de árboles realizada sin autorización administrativa en las fincas de su propiedad, acordó:

“1º Sancionar a Comercializadora de Fincas S.A. (COFISA) con multa de cincuenta millones de pesetas (50.000.000.– de pesetas).

“2º Imponerle, asimismo, la obligación de reparar los daños causados, mediante la restauración y repoblación de los terrenos, eliminando previamente todo cultivo agrícola, que deberá realizarse dentro del primer periodo hábil para la replantación o siembre, a contar desde el día de la notificación de la presente resolución. Dicha repoblación se efectuará de acuerdo con un Plan técnico que garantice el mantenimiento y conservación de las masas creadas. En dicho plan, que deberá ser aprobado por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva, previa presentación por la Sociedad sancionada, se establecerán las especies idóneas para la repoblación.

“3º Ordenar que por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva se inicie el procedimiento para la práctica de la nota marginal en el Registro de la Propiedad sobre la finca o fincas afectadas por dicha obligación.”

La entidad sancionada impugnó el acto en vía contencioso-administrativa, con los argumentos siguientes:

– Con carácter preliminar alegó la caducidad del procedimiento.

– Que la resolución sancionadora incurrió en nulidad al adoptarse sin tener en cuenta y valorar el escrito de alegaciones que había presentado, lo que le había dejado en situación de indefensión.

– La falta de competencia de la Delegación Provincial para incoar el expediente.

– La ausencia de motivación justificativa del rechazo de las alegaciones de descargo presentadas durante la tramitación del expediente.

La sentencia recurrida en casación descartó la caducidad del expediente sancionador y rechazó las alegaciones de la recurrente sobre el tema de fondo y las alegaciones de carácter formal.

Contra esa sentencia, la entidad mercantil formula recurso de casación, articulado en tres motivos, de los que debe destacarse el tercero, por caducidad del procedimiento.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia recurrida y la resolución dictada.

### Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo argumenta que: “(...) no le falta razón a la parte recurrente cuando denuncia la falta de motivación de la sentencia de instancia, (...) la Sala se limitó a rechazar esas alegaciones, o a descartar que las infracciones denunciadas tuvieran virtualidad anulatoria, pero lo hizo de forma apodíctica, sin razonar en modo alguno su conclusión ni, por ende, dar ninguna explicación argumentada sobre las razones por las que esas alegaciones eran desestimadas. Obvio es que una respuesta de esta clase no cumple los requisitos de la motivación y la congruencia, e infringe, por ello, el artículo 24.1 de la Constitución Española. Ello nos obliga a la estimación del motivo.”

El Tribunal Supremo advierte que también debe ser estimado el tercer motivo que alega la caducidad del expediente, por lo que establece: “(...) nos centraremos en esta concreta cuestión, con la consiguiente innecesariedad de estudiar las demás.”

La concurrencia de caducidad se razona del siguiente modo:

#### **El *dies a quo* para establecer el inicio del plazo de caducidad del expediente: la fecha de inicio es la del acuerdo de iniciación del procedimiento**

El Tribunal Supremo rechaza la tesis de la sentencia recurrida, según la cual el *dies a quo* se inicia desde la fecha de la notificación del acuerdo de iniciación, y rechaza también la de la parte recurrente, según la cual se inicia desde la fecha de la última denuncia, y establece que: “(...) la fe-

cha de inicio es la del acuerdo de iniciación del procedimiento, como establece el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), al indicar que ‘Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia’. Por tanto, la fecha del inicio es la Resolución del Delegado Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva de 4 de noviembre de 1996.”

En opinión del Tribunal Supremo, no es acertada la tesis de que el cómputo del plazo se inicia desde la notificación del acuerdo de iniciación del expediente sancionador, porque, como ya se razonó en la STS de 27 de abril de 2004:

“(…) el artículo 57.1 de la LRJPAC dispone que ‘Los actos de las Administraciones Públicas (...) producirán efectos desde la fecha en que se dicten’, y aunque en el párrafo siguiente dice que ‘la eficacia del acto quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación...’, ocurre que en los actos de iniciación de un expediente sancionador su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditada a la notificación. A este respecto, el artículo 16.2 del RPS, a cuyo tenor ‘cursada la notificación (de la resolución de iniciación) el Instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias...’, no puede ser interpretado en el sentido de que la efectividad de aquél se supedita a su notificación, sino que expresa simplemente un orden formal de actuación. Carecería de sentido, por ejemplo, que el órgano instructor no pudiera adoptar las medidas provisionales a que se refiere el artículo 15, párrafo segundo, del RPS antes de haber sido cursada al interesado la notificación de la iniciación del procedimiento. Así se deduce por lo demás de la recta inteligencia del artículo 6.2 del RPS que, al establecer como causa de archivo del expediente ‘el transcurso de dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento sancionador sin haberse practicado la notificación de éste’, demuestra que la inactividad en ese periodo corre en perjuicio de la Administración, en un caso como causa de archivo y en otro como causa de caducidad, pues sería ilógico que la inactividad administrativa fuera computable a unos efectos y no a otros; un retraso en la notificación de la iniciación del expediente de menos de dos meses evitará el archivo, pero debe computarse en la duración total del expediente administrativo a efectos de la caducidad.”

### **El plazo de finalización, *dies ad quem***

El Tribunal Supremo señala que la sentencia incurre en un nuevo error, en la interpretación del artículo 43.4 de la LRJPAC, en su primitiva redacción de 1992 –aplicable por razones cronológicas al recurso–, al sumar, al plazo de un año previsto en la normativa autonómica, un nuevo plazo de 30 días.

El Tribunal Supremo indica respecto de este plazo de 30 días, del mismo modo que ya hizo en la sentencia de 10 de junio de 2009, que:

“(…) entender que el citado artículo 43.4 añade, al plazo de tramitación y resolución, otro de 30 días hábiles, y que la fecha resultante de la suma de ambos sería la determinante de la caducidad, no se ajusta ni a la letra ni al espíritu del precepto en cuestión. Por ministerio de la ley, la caducidad de este tipo de procedimientos (esto es, de los ‘procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos’), se entenderá producida por el simple transcurso del plazo establecido para resolver (‘se entenderán caducados’, dice de forma expresiva el precepto). Cuestión distinta es la relativa a la declaración de tal caducidad y el consiguiente, y material, ‘archivo de las actuaciones’ administrativas desarrolladas, ya que, según el mismo precepto continúa señalando, tal declaración se producirá ‘a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada’. A ello no se opone la redacción dada al artículo 20.6 del RPS ya que, cuando en el mismo se hace referencia a que ‘transcurridos seis meses desde la iniciación,... se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4’, debe entenderse interpretando el precepto reglamentario de conformidad con el legal, que se inicia el plazo de 30 días (por ello se requiere que sean hábiles) para que la Administración materialice la caducidad producida por ministerio de la ley; esto es, para que se proceda a emitir una declaración de caducidad así como a archivar las actuaciones. Interpretación que conecta con el párrafo segundo del citado artículo 20.6 del RPS, que dispone que ‘transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones’. Y tampoco se puede oponer a ello, añadimos ahora, la propia redacción del epígrafe 2 del artículo único del Decreto autonómico 143/1997, al señalar: ‘Cuando se trate de procedimientos relacionados en el Anexo II de este Decreto iniciados de oficio y no susceptibles de producir efectos favorables para el interesado, se entenderán caducados a solicitud de aquel o de oficio en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo establecido para resolver cada uno de ellos’, pues el alcance de este precepto reglamentario autonómico debe interpretarse en el sentido indicado respecto del Reglamento estatal aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en relación al artículo 43.4 de la LRJPAC.”

### **La restauración de la situación alterada**

El Tribunal Supremo reitera que la restauración de la situación alterada, como consecuencia de la tala arbórea efectuada, “(…) es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora, pero compatible con la misma, de conformi-

dad con el artículo 130.2 de la LRJPAC que señala a tal fin la compatibilidad de las ‘responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario ...’. Compatibilidad que, a nivel constitucional incluso se expresa en el artículo 45.3 de la Constitución Española que dispone que ‘Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado’.”

Sin embargo, ello no impide al Tribunal Supremo aplicar el plazo de caducidad del expediente sancionador:

“(…) aceptado –legal, reglamentaria y jurisprudencialmente– que la imposición de obligación de proceder a la repoblación, aun establecida en una resolución con la que se concluye un procedimiento sancionador, no es consecuencia del ejercicio de tal potestad sancionadora, ello, sin embargo, no quiere decir que tal imposición quede al margen de –o no le afecte– la corrección jurídica del expediente o procedimiento en el que la misma ha sido impuesta; en consecuencia, en un supuesto como el de autos, en el que hemos declarado la caducidad del procedimiento en el que la obligación de repoblación forestal fue impuesta, la misma ha perdido su soporte procedimental, y, por tanto, también, su validez y eficacia. Esto es, al margen de que tal potestad no cuente con la naturaleza jurídica de potestad sancionadora, sin embargo, la misma, igual

que esta potestad, también se ve afectada por la caducidad del procedimiento decretada, y carece de viabilidad jurídica en un marco procedimental que ha concluido de dicha forma, dada su extemporaneidad.

“Otro tanto cabe decir del Epígrafe 3º de la Resolución impugnada, relativo a la iniciación del procedimiento para la inscripción de la obligación de repoblación en el Registro de la Propiedad, pues se trata de una medida complementaria, tendente a reforzar la publicidad ante terceros de la obligación de reposición, y se trata de una medida prevista en el artículo 99.3 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, y que está intrínsecamente unida a tal obligación, por lo que por su propia naturaleza igualmente ha de resultar afectada por la caducidad del expediente sancionador, que despliega sus efectos respecto de todos los ámbitos en el mismo decididos.”

En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que: “(…) la caducidad del procedimiento sancionador determina junto a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, la improcedencia de las todas las órdenes que la Administración imponga para llevar a cabo la restitución de las fincas a su situación forestal originaria, así como la inscripción de tal obligación en el Registro de la Propiedad, extremos estos de la Resolución impugnada que debemos igualmente anular.”

Por todo ello el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia recurrida y la resolución dictada.

## 2. Ejecución de sentencias

**Tribunal Supremo. La imposibilidad material de ejecutar la sentencia, no puede deducirse de la complejidad de la ejecución, pues no puede confundirse imposibilidad material con la mera dificultad técnica jurídica de reponer –jurídicamente– la situación surgida, como consecuencia de la incorrecta licitación de una concesión, a la situación debida**

**Órgano:** Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 4758/2007

**Fecha:** Sentencia de 23 de febrero de 2010

**Ponente:** Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

**Demandante:** Concejales del Ayuntamiento de San Sebastián

**Demandado:** El Ayuntamiento de San Sebastián

**Disposiciones analizadas:** Artículos 103, 104.2 y 105 LRJCA

**Doctrina:** La imposibilidad material de ejecutar la sentencia, no puede deducirse de la complejidad de la ejecución, pues no puede confundirse imposibilidad material con la mera dificultad técnica jurídica de reponer –jurídicamente– la situación surgida, como consecuencia de la incorrecta licitación de una concesión, a la situación debida.

Es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad –imposibilidad material o legal– contenidas en el artículo 105.2 de la misma LRJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad

El recurso de casación, planteado por concejales que lo fueron del Ayuntamiento de San Sebastián, se formula contra el auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que fue apreciada la concurrencia de causa de inejecución material de la sentencia, de fecha 7 de junio de 2001, de la misma Sala y Tribunal, sin que procediera fijar indemnización sustitutoria. La sentencia de 7 de junio de

2001, fue parcialmente estimatoria, declarándose no ajustado a Derecho el apartado tercero del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián, adoptado en su sesión de 14 de mayo de 1997, por el que: (1) se aprueba el anexo del Convenio de 17 de septiembre de 1993 –suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad Nuevo Desarrollo Anoeta, S.A.–, así como

(2) el Pliego de condiciones de adjudicación de la concesión de dominio, obras y servicio público de los equipamientos ordenados en la parcela G.000MZ.04.1 por el Plan especial del área MZ.04, Ilumbe, y

(3) se adjudica a la mencionada entidad Nuevo Desarrollo Anoeta, S.A. la citada concesión de dominio, obras y servicio público de los equipamientos de la expresada parcela, con sujeción al Pliego de condiciones al que se refiere el mismo Acuerdo.

La sentencia devino firme, por cuanto por STS de 31 de marzo de 2004 fueron desestimados los recursos de casación interpuestos.

Por Auto de 17 de julio de 2006 se estableció que concurría causa de inejecución material de la sentencia, sin fijación de indemnización sustitutoria.

Para comprender la cuestión planteada en la ejecución de la sentencia es importante detenerse en los motivos de la declaración de nulidad realizada en la sentencia que deviene firme y de la que se pretende su ejecución:

“(…) cualquiera que sea la explicación técnica que pueda darse al Acuerdo (donación modal, expropiación con mutuo acuerdo según sostiene el Ayuntamiento de San Sebastián) la cuestión siempre se reconduce a determinar si el Ayuntamiento de San Sebastián podía cumplir con la contraprestación mediante la adjudicación directa de la concesión de obra y servicio público de los equipamientos, es decir, si podía excluir esta adjudicación del régimen general de contratación establecido en la LCE. El hecho de que el Ayuntamiento de San Sebastián hubiera llegado a un acuerdo con NDA S.A. (y otro con Eroski Sdad. Coop.) no justificaría la exclusión de la normativa de contratación, sino que determinaría la anulación del Convenio porque no puede ser objeto de convenio el que no se aplique el ordenamiento jurídico vigente.

“Por ello, no puede compartirse la alegación de NDA S.A. de que se estaría en el supuesto del art. 160.2 de la LCE al no ser posible promover la concurrencia de la oferta precisamente por lo pactado en el año 1993. Tampoco vendría justificada la adjudicación directa, obviando la normativa sobre contratación, argumentando que los intereses generales están salvaguardados de forma satisfactoria, porque el Ayuntamiento de San Sebastián ha obtenido 900 millones a abonar por Eroski S.Coop., y la cesión gratuita y libre de cargas de los terrenos, NDA S.A. la ejecución y explotación de la Plaza de Toros (y de los demás equipamientos comunitarios) y Eroski S.Coop. la posibilidad de construir en Garbera un gran centro comercial, porque el principio de eficacia en la actuación de la Administración que contempla el art. 103

de la CE, es con sometimiento a la Ley y al Derecho. Es decir, aunque únicamente mediante la adjudicación directa de la concesión de obra y servicio público pudieran satisfacerse los intereses que representa el Ayuntamiento de San Sebastián, y los particulares que representan NDA S.A. y Eroski Sdad. Coop., no podría afirmarse que se sirven con objetividad los intereses generales si no se actúa con sometimiento a la Ley y al Derecho como primera garantía de la actuación administrativa.”

El Tribunal Supremo revoca el auto que declara la imposibilidad material de ejecución de la sentencia.

## Fundamentos de Derecho

### Rechazar las causas de inadmisibilidad que se formulan

Se formula causa de inadmisibilidad por falta de legitimación de los concejales recurrentes por cuanto, si bien los mismos ostentaban tal condición, del Ayuntamiento de San Sebastián, y votaron en contra del Acuerdo parcialmente anulado, sin embargo, ya habían perdido la condición de concejales de la citada corporación local en el momento del inicio del incidente de inejecución de sentencia, careciendo, pues, de toda referencia material con el litigio.

El Tribunal Supremo establece que la causa de inadmisión debe ser rechazada por la razón siguiente:

“(…) Obvio es que los mismos, con independencia de su continuidad, o no, como Concejales del Ayuntamiento de San Sebastián, siguen, desde la perspectiva procesal que nos ocupa, siendo partes en el recurso contencioso-administrativo que en su día interpusieron, sin que el incidente de inejecución de sentencia pueda considerarse como un procedimiento independiente y autónomo, pues de lo que ahora se trata es, simplemente, de determinar la forma de ejecutar la sentencia en el procedimiento dictada; a mayor abundamiento, tampoco podría negárseles la condición de personas afectadas por el litigio, que ellos mismos interpusieron tras haber votado en contra, y a las que el artículo 104.2 de la LRJCA considera legitimadas para instar la ejecución forzosa de la sentencia.”

### Inexistencia de causa de imposibilidad material

En los autos recurridos se establece que:

a) Rechaza la existencia de causas de imposibilidad legal, por cuanto el Ayuntamiento de San Sebastián no ha llevado a cabo “ninguna innovación legislativa o normativa que permitiera apreciar la concurrencia de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia.”

b) Considera, sin embargo, que sí concurre causa de imposibilidad material para proceder a la ejecución de la sentencia; en consecuencia, que concurría imposibilidad material para dejar (...) por las siguientes circunstancias:

1. Por haberse consumado los compromisos bilaterales del Convenio de 1993, materializándose las actuaciones

urbanísticas previstas en el mismo: tanto la plaza de toros como las demás dotaciones urbanísticas están en funcionamiento.

2. Como consecuencia de lo anterior, por haber surgido un entramado de relaciones jurídicas contractuales con terceros derivadas del funcionamiento del centro de ocio construido, resultando, según se expresa, que “el restablecimiento de la situación inicial resulta imposible de hecho.”

3. A su vez, como consecuencia de ello, la materialización de lo anterior implicaría para el Ayuntamiento de San Sebastián la obligación de asumir “las eventuales consecuencias derivadas, cuando tanto el centro de ocio como Ilumbe como la plaza de toros se encuentran en funcionamiento”, y ello “produciría consecuencias desproporcionadas para los propios intereses públicos.”

El Tribunal Supremo no acoge estos argumentos y estima la casación “(...) por cuanto los razonamientos de la Sala de instancia no soportan la concurrencia de la causa de imposibilidad de ejecutar la sentencia que pretenden, y, menos, desde una perspectiva material. La declaración jurisdiccional anulatoria termina y se concreta en la anulación de la adjudicación de la concesión citada, por infracción de las normas de contratación pública, como en las dos sentencias se expresa, sin que los efectos de ello derivados, que parecen conectarse con el incumplimiento y rescisión de un previo Convenio, que de la ejecución jurisdiccional se deduciría, puedan, ni deban, ser tomados en consideración en este momento.

“No es momento, pues, de examinar los efectos secundarios o derivados de la anulación y liquidación de la concesión; ni tampoco el de tomar en consideración el carácter desproporcionado –o no– de los citados efectos que, por otra parte, pudieran verse modulados como consecuencia de una nueva y correcta licitación pública. En consecuencia, no es, insistimos, el momento de la toma en consideración de la posible alteración o afectación material o física de la realidad sobre la que se sustentan los efectos jurídicos derivados de la anulación jurisdiccional, que es la única circunstancia a tener en cuenta en este momento.

“Obvio es, pues, que la invocada –y aceptada en la instancia– imposibilidad material de ejecutar la sentencia, no puede deducirse de la complejidad alegada de la ejecución, pues no puede confundirse imposibilidad material con la mera dificultad técnico jurídica de reponer –jurídicamente– la situación surgida como consecuencia de la incorrecta licitación, a la situación debida.”

El Tribunal Supremo reitera lo manifestado en la STS de 15 de julio de 2003, según la cual “el artículo 118 de la Constitución establece la obligación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103. 2 de la Ley Jurisdiccional determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignen, cumplimiento que no podrá suspenderse ni declararse la inexecución total o parcial del fallo –artículo 105.1

LRJCA–. La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad –imposibilidad material o legal– contenidas en el artículo 105.2 de la misma LRJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad.”

El Tribunal Supremo reitera el ATS 16 julio 1991: “la doctrina jurisprudencial en esta materia es constante y diáfana. El derecho a la ejecución de sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución sino que es también un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado del Derecho, que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales y que se cumplan en sus propios términos y no en los que decidan las partes según sus conveniencias o arbitrios. Los artículos 117 y 118 de la Constitución así como el 18.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial amparan esa potestad judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y ese derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución comprende el derecho a obtener la ejecución de toda sentencia, debiendo la jurisdicción adoptar todas las medidas pertinentes para el total cumplimiento del fallo tal como disponen los artículos 103 y 112 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Lo único que puede impedir la ejecución de las sentencias en sus propios términos es la imposibilidad de cumplirlas según ellos; imposibilidad ésta ya contemplada en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional y ratificada en el 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero esta imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo... Después de la Constitución, no cabe otra interpretación por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos; que no es otra cosa que seguridad jurídica.”

En consecuencia, el Tribunal Supremo acoge el motivo planteado por los recurrentes, anula los autos impugnados y declara que no concurre causa de imposibilidad material para la ejecución de la sentencia.

### 3. Potestad sancionadora

**Tribunal Supremo.** Para aplicar el principio *non bis in idem*, no solo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos, y ello no sucede en el caso en que una sentencia penal condena a tres personas, el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra, así como el encargado general de seguridad de la empresa, como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo. No existe infracción al principio de *non bis in idem*, al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas.

**Órgano:** Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Recurso de casación núm. 457/2008

**Fecha:** Sentencia de 31 de marzo de 2010

**Ponente:** Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García

**Demandante:** Compañía mercantil

**Demandada:** Comunidad Autónoma Valenciana

**Disposiciones analizadas:** Artículo 133 LRJPAC

**Doctrina:** El recurso para la unificación de doctrina es un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero solo si estuvieran en contradicción con otras de tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo. La ilegalidad de la sentencia recurrida es, por tanto, condición necesaria pero no suficiente para la viabilidad de este recurso. La contradicción ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho, situación que ninguna analogía presenta con la de sentencias "distintas o diferentes", pese a la identidad de planteamientos normativos y de hecho, por el, a su vez, distinto resultado probatorio o por la también distinta naturaleza que pudiera predicarse de los supuestos de hecho contemplados.

Para aplicar el principio *non bis in idem*, no solo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos, y ello no sucede en el caso en que una sentencia penal condena a tres personas, el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra, así como el encargado general de seguridad de la empresa, como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo. No existe infracción al principio de *non bis in idem*, al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas

#### Supuesto de hecho

Los Servicios Jurídicos de la Generalidad Valenciana interponen recurso de casación para unificación de doctrina frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma Valenciana, de 25 de enero de 2008, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Comoa SL, deducido frente a la Resolución del consejero de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalidad, que impuso dos sanciones por importe de 5.250.200 pesetas por la comisión de dos infracciones calificadas como muy grave y grave tipificadas en los artículos 48.8 y 47.16.f) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

Los hechos por los que se le impuso las sanciones son:

- que al encofrar los fondos de la jácena del forjado unidireccional de la primera planta, y mientras se colocaban los tableros que formaban los mismos, se dejaron un hueco en todo el perímetro del encofrado susceptible de producir la caída del trabajador Don Pedro Enrique, quien cayó por el hueco resultando lesionado, y

- que las redes de seguridad exteriores del perímetro de la obra, que era irregular de entrantes y salientes, estaban sin sujetar a su base, permitiendo la caída de personas y objetos en caso de accidente, existiendo zonas y huecos sin protección, y sin usar los trabajadores cinturones de seguridad.

La sentencia recurrida anuló la sanción, por considerar que por los mismos hechos recogidos en el acta de la Ins-

pección de trabajo se sancionaba dos veces tanto a los condenados en la jurisdicción penal como a la empresa en la vía administrativa, vulnerando de ese modo el principio *non bis in idem* e infringiendo el artículo 133 de la Ley 30/1992.

La sentencia objeto de recurso hace referencia a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Benidorm en 6 de marzo de 2006, en el juicio oral núm. 247/2005, por delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes, en la que se condenó a tres personas, el arquitecto superior y el arquitecto técnico y el encargado general de seguridad de la empresa.

La Generalidad Valenciana recurrente aporta como sentencias de contraste la del Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 428/1996, y la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 15 de enero de 2001, recurso núm. 731/1996.

#### Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo establece que: "(...) el recurso de casación para unificación de doctrina es excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, pues cuando, con arreglo a lo establecido en el art. 93 –hoy art. 96.3, en relación con el 86.2.b) de la Ley vigente–, no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional por insuficiencia de cuantía, se abre la posibilidad

de que dichas sentencias puedan ser recurridas, pero solo con la finalidad primordial de unificar criterios y declarar la doctrina procedente en Derecho ante la existencia de fallos contradictorios. Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación, siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia, sino 'solo' cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido en contradicción las resoluciones judiciales."

El recurso para la unificación de doctrina, señala el Tribunal Supremo, "(...) es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales pero solo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo. La ilegalidad de la sentencia recurrida es, por tanto, condición necesaria pero no suficiente para la viabilidad de este recurso. La contradicción, como recuerda la Sentencia de 26 de diciembre de 2000, ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho, situación que ninguna analogía presenta con la de Sentencias 'distintas o diferentes', pese a la identidad de planteamientos normativos y de hecho, por el, a su vez, distinto resultado probatorio o por la también distinta naturaleza que pudiera predicarse de los supuestos de hecho contemplados.

"(...) la contradicción ha de resultar de las propias sentencias enfrentadas, tal y como aparecen redactadas, sin correcciones o modificaciones que pudieran derivar de una incorrecta concreción de hechos o de una desviada apreciación probatoria que las mismas pudieran contener."

En el supuesto examinado, el Tribunal Supremo constata la contradicción: "(...) En las tres Sentencias que constituyen el

objeto del proceso la recurrida y las dos con las que se pretende parangonar aquella, existe como exige el art. 96.1 de la Ley de la Jurisdicción identidad respecto a litigantes diferentes en idéntica situación. En los tres supuestos se sanciona a una empresa por hechos que constituyen infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales, hechos que han servido también para sancionar penalmente a personas físicas responsables de las obras en las que tuvieron lugar aquellos hechos.

"Y en cuanto a las demás identidades las referidas a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, también existen por que en los tres supuestos los hechos consistían en infracciones a las normas de prevención de riesgos laborales y aunque en las Sentencias de contraste la Ley que regía era la Ley 8/1.988, de infracciones y sanciones en el Orden Social y en la aquí recurrida se aplicaba la Ley 31/1.995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, las pretensiones eran sustancialmente idénticas porque se solicitaba la anulación de la sanción por infringirse en caso contrario el principio *non bis in idem*. Y por último también concurre el que en esas circunstancias en la Sentencia recurrida se llegó a un pronunciamiento distinto del alcanzado por las Sentencias de contraste."

El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, al contener la misma una doctrina errónea que es preciso anular para unificar la doctrina que viene manteniendo este Tribunal "(...) en el sentido de que para aplicar el principio *non bis in idem*, no sólo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos y ello no sucede en el caso de autos pues la sentencia penal condenó a tres personas el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra así como el encargado general de seguridad de la empresa como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo de modo que no existe infracción al principio de *non bis in idem* al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas."

Por ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina.

#### 4. Haciendas locales

**Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. En relación a las instalaciones fotovoltaicas, la cuestión de la inclusión o no en la base imponible del ICIO del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia vienen manteniendo posturas distintas: De un lado, la que sostiene la exclusión de estos elementos en el cómputo de la base imponible. De otro, la que opta por su inclusión**

**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Recurso de apelación núm. 539/2009

**Fecha:** Sentencia núm. 361/2010 de 15 de febrero

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pardo Muñoz



**Demandante:** Particulares

**Demandado:** Ayuntamiento de Fuentes de Valdepero

**Disposiciones analizadas:** Artículos 100 a 102 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales

**Doctrina:** En relación a las instalaciones fotovoltaicas, la cuestión de la inclusión o no en la base imponible del ICIO del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia vienen manteniendo posturas distintas: De un lado, la que sostiene la exclusión de estos elementos en el cómputo de la base imponible. De otro, la que opta por su inclusión.

A juicio del TSJ de Castilla y León, acogiendo la tesis de los tribunales superiores de justicia partidarios de la exclusión del valor de lo instalado, no el coste de su instalación, amparada en la doctrina del Tribunal Supremo que cita, lo decisivo para considerar excluidos de la base imponible los elementos, componentes y sistemas cuestionados radica en que:

(1) son todos ellos equipos y elementos contruidos por terceros fuera de la instalación y susceptibles de funcionamiento autónomo una vez incorporados a la obra, sin que el proceso constructivo aporte nada diferente a su consideración originaria, salvo la propia incorporación o ensamblaje a la obra global resultante;

(2) la licencia urbanística no comprende las especificaciones técnicas de la instalación, por más que los elementos cuestionados figuren en el proyecto para el que se solicitó—dichos elementos no necesitan por sí mismos licencia urbanística—, ya que aquella se proyecta sobre la conformidad o no con la normativa urbanística de la transformación del terreno (uso del suelo) necesaria para la implantación de la instalación; y

(3) tales elementos no integran el concepto de ejecución material de la instalación en el sentido de estricto coste de obra civil

## Supuesto de hecho

La sentencia objeto de recurso de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por tres particulares contra la resolución del Ayuntamiento de Fuentes de Valdepero (Palencia), de 8 de mayo de 2008, de liquidación tributaria practicada en relación al Impuesto de construcciones por licencia de obras para instalación de plantas solares fotovoltaicas.

La sentencia considera que la actividad administrativa es ajustada a Derecho, por entender, en esencia, que pretendiendo la parte actora excluir de la base imponible el material de instalación fotovoltaica (módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores), tales elementos son equipos necesarios y fundamentales para la captación de la energía solar y su posterior transformación en energía eléctrica. Son elementos indispensables para el funcionamiento del parque solar y el cumplimiento de su finalidad de obtención de producción de energía, careciendo de singularidad propia e identidad diferenciada respecto a la construcción realizada, incorporándose en la instalación del parque con innegable vocación de permanencia, por lo que forman parte del coste real y efectivo de la instalación conforme a la dicción literal del artículo 100 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales.

Esta cuestión ha sido resuelta de manera distinta por distintos tribunales de justicia. En el mismo sentido que la sentencia de instancia, las STSJ de Extremadura núm. 153/2009, de 9 de julio, y núm. 78/2009, de 13 de marzo, y la STSJ de Galicia núm. 99/2008, de 20 de febrero. En el sentido de no incluir el coste de instalaciones fotovoltaicas en la base imponible del ICIO, la STSJ de Madrid núm. 807/2009, de 25 de junio, la STSJ de Navarra núm. 150/2008, de 12 de marzo, y la STSJ de Cataluña núm. 114/2008, de 4 de febrero.

Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación, el TSJ lo estima y anula la resolución impugnada.

## Fundamentos de Derecho

### 1. Sobre la base imponible del Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Evolución normativa y jurisprudencial

El TSJ señala que:

“(..) la doctrina jurisprudencial ha sido el motor de la evolución normativa y ha venido acogiendo una interpretación de la base imponible del ICIO inequívocamente restrictiva, estricta o depuradora del criterio meramente gramatical, en cuya virtud, y en síntesis:

“(1) el coste real es el importe o desembolso verdaderamente satisfecho, no el originariamente presupuestado;

“(2) el coste efectivo es el de la construcción, obra o instalación definitivamente realizada, que puede o no coincidir exactamente con la inicialmente proyectada; y

“(3) la estricta ejecución material viene a identificarse, a estos efectos, con el denominado concepto de obra civil.”

El TSJ destaca los precedentes jurisprudenciales que pueden fundamentar la exclusión del cómputo de la base imponible del ICIO, del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, del cómputo de la base imponible del coste de los módulos fotovoltaicos:

a) La STS de 15 de abril de 2000, de la que destacamos que: “(..) significamos la consideración, reiterada por el Tribunal Supremo, de que los importes correspondientes a equipos, maquinaria e instalaciones contruidos por terceros fuera de la obra e incorporados a ella, en el sentido de no computar el valor de lo instalado aunque sí el coste de su instalación, al igual que el del estudio relativo a seguridad e higiene en el trabajo, se excluyen por ser en definitiva gastos ajenos al ‘estricto costo del concepto de obra civil’.”

b) La STS de 18 de junio de 1997, citada por la STS de 15 de abril de 2000, que enjuició la cuestión de “si la base

imponible en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (en adelante ICIO), devengado por la construcción de una planta industrial debe estar constituido exclusivamente por el importe de la obra civil ejecutada como pretende la entidad recurrente, o la misma ha de comprender, también, el importe de la maquinaria destinada a instalarse en ella, como sostienen el Ayuntamiento de la imposición y la sentencia apelada”, y declaró que “la base imponible del ICIO ha de determinarse según el coste de la obra civil ejecutada, con exclusión de la maquinaria que en ella habría de colocarse.”

c) La STS de 28 de junio de 1996, citada por la STS de 15 de abril de 2000, que confirmó la dictada el 1 de abril de 1993 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ País Vasco, que anuló la liquidación girada correspondiente a las obras de reconstrucción de las estufas 8, 9 y 10 para calentamiento de viento de soplado al Horno Alto núm. 1, y declaró que “la base imponible en dicho tributo había de reducirse al coste de las obras efectuadas, con exclusión del valor de la maquinaria y bienes de equipo incorporados a aquéllas”. Anteriormente la STS de 3 de abril de 1996, en relación con la construcción de un lavadero de sal, declaró que “a fin de depurar el concepto de ‘coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra’, (...) ha de señalarse que el objeto del tributo no está constituido por el valor de lo instalado sino por el coste de su instalación, puesto que son las transformaciones del terreno necesarias para la implantación de la industria las que precisan de una licencia previa de obras o urbanística, aunque luego el ejercicio de la actividad requiera de otras autorizaciones posteriores, por lo que es acertada la decisión de la sentencia de instancia, de incluir en la base imponible el coste del montaje del equipo industrial que había de colocarse en la planta proyectada y excluir, en cambio, las partidas correspondientes al precio de adquisición de ese equipo.”

d) La STS de 30 de marzo de 2002 –relativa a las obras de construcción de un centro de salud–, que insiste y reproduce la doctrina sobre el concepto estricto de base imponible del ICIO, señalando que: “En contra del concepto más amplio, a que responde el concepto de importe de la obra en otros sectores del ordenamiento, y concretamente en lo relativo a Contratos del Estado, el concepto tributario de coste real y efectivo de la obra, en el ICIO es un concepto estricto, del que no forman parte, conforme a reiterada jurisprudencia, el beneficio industrial, los gastos generales y el IVA... Por ello, la tesis de la Administración recurrente de que todo lo abonado al contratista es coste para el sujeto pasivo y debe ser incluido en la base imponible, y que en consecuencia, (...) es insostenible, y por el contrario, debemos destacar la corrección con que la sentencia recurrida afirma, en el Fundamento Segundo, que en el art. 103.1 hay implícita una distinción entre el coste real y efectivo de la obra y el coste total que la obra origina.”

e) La STS de 17 de noviembre de 2005, en relación con la obra de adecuación-ampliación de un instituto de formación profesional, que señala que: “(...) entre las partidas que determinan el coste de ejecución material de la obra no se incluyen tampoco el coste de la maquinaria e instalaciones

mecánicas (sí el coste de su instalación o colocación); tampoco se incluye el coste de las instalaciones sobre la obra civil, (...) ni la partida relativa a seguridad e higiene en el trabajo por ser un gasto ajeno al estricto costo del concepto de obra civil, anulando ‘la controvertida liquidación exclusivamente en cuanto a la exclusión de la base imponible del ICIO del coste de la maquinaria e instalaciones mecánicas –salvo su instalación– que por sí mismas no necesiten licencia urbanística, aunque precisen alguna otra autorización administrativa, así como la partida de Seguridad e Higiene en el Trabajo que son las dos partidas cuya exclusión ha postulado la entidad recurrente’.”

El TSJ destaca los precedentes jurisprudenciales que pueden fundamentar “la inclusión” en el cómputo de la base imponible del ICIO, del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, del cómputo de la base imponible del coste de los módulos fotovoltaicos:

a) La STS de 16 de diciembre de 2003 –reforma y ampliación de un Parador de Turismo–, que establece que: “(...) la obra sometida a ICIO (...) alcanza también a aquellas instalaciones, como las de electricidad, fontanería, saneamiento, calefacción, aire acondicionado centralizado, ascensores y cuantas normalmente discurren por conducciones empotradas, o con aparatos sujetos a las mismos o encastrados, y además sirven para proveer a la construcción de servicios esenciales para su habitabilidad o utilización”, doctrina luego reiterada en la STS de 5 de octubre de 2004.

b) Se pueden citar las SSTs de 16 y 18 de enero de 1995 y las SSTs de 15 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1999.

c) Finalmente, la STS de 21 de junio de 1999, referida a una estación transformadora de energía eléctrica, que establece que: “en el coste real y efectivo de la obra que se pretende realizar, deben comprenderse, las partidas correspondientes a los equipos, maquinaria e instalaciones que se construyan, coloquen o efectúen –como elementos técnicos inseparables de la propia obra e integrantes del mismo proyecto que sirvió para solicitar y obtener la correspondiente Licencia– en el conjunto constructivo de lo que, según ocurre en el caso de autos, va a constituir, o constituye, a modo de un solo todo, la Estación Transformadora proyectada (...)”

## 2. Sobre la aplicación de la anterior doctrina a las instalaciones fotovoltaicas. Criterio del TSJ de Castilla y León

EL TSJ advierte que, en relación a las instalaciones fotovoltaicas, la cuestión de la inclusión o no en la base imponible del ICIO del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica como la que aquí nos ocupa, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia vienen manteniendo ambas posturas:

“(...) De un lado, la que sostiene la exclusión de estos elementos en el cómputo de la base imponible y ello al amparo de la doctrina del Tribunal Supremo arriba referenciada

(...). Así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (25 de junio de 2009, construcción de una central eléctrica), Castilla y León, sede en Burgos (4 de noviembre de 2009, instalación de un parque solar para la producción de energía eléctrica), Asturias (8 de junio de 2009, respecto de una línea de alta tensión), Castilla-La Mancha (6 de abril de 2009, aerogeneradores y torre meteorológica de un parque eólico), Valencia (17 de diciembre de 2008, proyecto de producción de energía fotovoltaica), Navarra (21 de septiembre de 2000, construcción de un parque eólico, ó 12 de marzo de 2008, en relación con una ‘huerta solar’, citada en la sentencia de instancia), o Cataluña (4 de febrero de 2008, construcción de una central térmica).

“De otro, la que opta por su inclusión (...). Así, por ejemplo, SSTSJ de Galicia 20 de febrero de 2008, siendo la obra una línea de alta tensión en una subestación eléctrica, ó 9 de julio de 2008, en ejecución de la obra ‘Galería, Central Térmica y Cogeneración de la Ciudad de la Cultura de Galicia’ o Extremadura (13 de marzo y 9 de julio de 2009), en relación con una planta solar fotovoltaica.”

### 3. Estimación del recurso

El TSJ acoge el criterio, que podríamos denominar restrictivo o excluyente, de tales elementos o equipos (paneles fotovoltaicos, seguidores e inversores) como integrantes de la base imponible, en base a:

#### 3.1. La no aplicación mimética de conceptos que provienen de otros sectores del ordenamiento (CTE y legislación del catastro)

El artículo 102.1 del texto refundido LHL, deja bien claro no solo que la definición auténtica de “coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra” como “coste de ejecución material de aquella” ha de interpretarse en un sentido estricto (“estrictamente” dice el último inciso del precepto), sino que lo es además a los limitados efectos del impuesto que nos ocupa (“a estos efectos”), “(...) lo que sin duda supone la no necesaria adopción mimética del alcance de tales expresiones cuando provienen de otros sectores del ordenamiento.”

En este punto, el TSJ, en cuanto al sector del catastro inmobiliario, “(...) no comparte el argumento adicional favorable a la inclusión de tales elementos en la base imponible del ICIO invocado por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Badajoz de 15 de diciembre de 2008 –confirmada por el TSJ de Extremadura– en base a la consideración de los parques solares como adscritos a la categoría de ‘Bienes inmuebles de características especiales’ (BICES), creados por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre (...) Y no se comparte esta conclusión habida cuenta la distinta naturaleza de los impuestos en liza: el IBI, impuesto directo y señaladamente periódico, cuyo objeto es precisamente el valor del bien, considerado en su vertiente estática vinculada a la titularidad de un derecho, aunque se vaya actualizando; y el ICIO, impuesto indirecto, que se satisface de una sola vez y que grava una actividad, la

realización de una construcción, obra o instalación, con una definición legal de base imponible inequívocamente limitada: estricto coste de su ejecución material.

“Por lo demás, la STS de 29 de mayo de 2009, en relación con la interpretación que ha de darse a la expresión ‘La base imponible en las escrituras de declaración de obra nueva estará constituida por el valor real del coste de la obra nueva que se declare’ a que se refiere el art. 70.1 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RCL 1995, 1816), no viene sino a corroborar la improcedencia de acudir en estos casos al criterio del valor del inmueble, genuino del ámbito catastral.

“El valor real de lo edificado no puede conducir a la valoración del inmueble como resultado final de la obra nueva; no es eso lo que se ha de valorar, sino el coste de ejecución del mismo, conceptos ambos (coste de ejecución frente a valor del inmueble terminado) que no tiene por qué coincidir, pues por ejemplo en la valoración del inmueble pueden influir factores como la localización del mismo o su uso que no tienen por qué afectar al coste de ejecución.”

#### 3.2. Una lectura atenta de la jurisprudencia

El TSJ insiste en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo “cuando se refiere específicamente a instalaciones o plantas industriales conforme a la que, en relación con los importes correspondientes a equipos, maquinaria e instalaciones construidos por terceros fuera de la obra e incorporados a ella, no ha de computarse el valor de lo instalado aunque sí el coste de su instalación, importes que, al igual que el del estudio relativo a seguridad e higiene en el trabajo, se excluyen por ser en definitiva gastos ajenos al ‘estricto costo del concepto de obra civil’, siendo esta expresión –obra civil– recurrentemente empleada por el Tribunal Supremo.”

Por ello, el TSJ estima que “han de interpretarse en sus justos términos las SSTS de 16 de diciembre de 2003 y 5 de octubre de 2004 –sobre inclusión del coste de los ascensores–, aunque sólo fuera porque tales sentencias se refieren a la construcción de edificaciones destinadas a viviendas, no propiamente a instalaciones de la naturaleza como las aquí analizadas.”

El TSJ no considera “decisivas” las ya citadas SSTS de 15 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1999, no solo porque son anteriores a la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, sino porque además lo efectúan en función de argumentos predominantemente fácticos.

“Así, en el caso resuelto por la STS de 15 de marzo de 1995 (...) la *ratio decidendi* de la desestimación del recurso no fue tanto la consideración jurídica acerca de los conceptos obra civil/instalaciones sino la carencia de prueba del presupuesto fáctico en el que se apoyaba la argumentación y, en definitiva, la generalidad con que la parte recurrente postuló la exclusión de los costes relativos a las instalaciones, generalidad que no fue aceptada por la Sala.

“En el caso resuelto por la STS de 21 de junio de 1999 la *ratio decidendi* de la desestimación del recurso formulado

por la mercantil también se centró en una cuestión fáctica en cuya virtud el Tribunal a quo concluyó que se habían presentado dos proyectos técnicos (...) La cuestión principal tratada en ese recurso fue si la Administración había procedido o no a una revisión de oficio al practicar una segunda liquidación con ocasión de la presentación del segundo proyecto, lo que se rechazó por el Tribunal Supremo (...)"

### 3.3. Delimitación de los criterios decisivos

A juicio del TSJ, acogiendo la tesis de los tribunales superiores de justicia partidarios de la exclusión del valor de lo instalado, no el coste de su instalación, amparada a su vez en la doctrina del Tribunal Supremo arriba referenciada, lo decisivo para considerar excluidos de la base imponible los elementos, componentes y sistemas cuestionados radica en que:

"(1) son todos ellos equipos y elementos construidos por terceros fuera de la instalación y susceptibles de funcionamiento autónomo una vez incorporados a la obra, sin que el proceso constructivo aporte nada diferente a su consideración originaria, salvo la propia incorporación o ensamblaje a la obra global resultante;

"(2) la licencia urbanística no comprende las especificaciones técnicas de la instalación, por más que los elementos cuestionados figuren en el proyecto para el que se solicitó –dichos elementos no necesitan por sí mismos licencia urbanística–, ya que aquélla se proyecta sobre la conformidad o no con la normativa urbanística de la transformación del terreno (uso del suelo) necesaria para la implantación de la instalación;

"y

"(3) en que tales elementos no integran el concepto de ejecución material de la instalación en el sentido de estricto coste de obra civil. Las SSTs de 16 de diciembre de 2003 y 5 de octubre de 2004, referidas a viviendas, no contradicen la anterior conclusión –ni la propia doctrina del Alto Tribunal– cuando afirman que 'lo esencial es que tales instalaciones, aparte de

inseparables de la obra (de las viviendas, en este caso), figuren en el mismo proyecto de ejecución que sirvió de base para obtener la licencia de obras (como en este supuesto de hecho acontece), pues no puede reducirse la obra sometida al ICIO a la que integran las partidas de albañilería (cimentación, estructura, muros perimetrales, forjados, cubiertas, tabiquería, etc.), sino que alcanza también a aquellas instalaciones, como las de electricidad, fontanería, saneamiento, calefacción, aire acondicionado centralizado, ascensores y cuantas normalmente discurren por conducciones empotradas, y sirven, además, para proveer a la construcción de servicios esenciales para su habitabilidad o utilización', y es que, partiendo precisamente de su doctrina sobre calificación de instalaciones externas que no integran el coste real efectivo de la obra –salvo en su colocación–, lo que están delimitando estas resoluciones es el propio concepto de obra civil como no reconducible únicamente a las partidas de albañilería sino como comprensivo asimismo de los servicios esenciales que describen pero sin que a los efectos que nos ocupan, y sin perjuicio de incluir todos estos servicios caso de que la instalación fotovoltaica los contemplara en el proyecto, puedan identificarse los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores de un parque solar con los ascensores de un edificio; aquellos elementos y equipos gozan de una extraordinaria singularidad, autonomía funcional e identidad propia en relación con la instalación en la que se integran –siendo lo accesorio la estructura soporte y sistema de fijación de los módulos– naturaleza de la que, desde luego, carecen los ascensores respecto del edificio al que sirven, aflorando así de modo genuino y paradigmático la doctrina que el Tribunal Supremo simplifica con la conocida expresión, de que 'el objeto del ICIO no está constituido por el valor de lo instalado sino por el coste de su instalación', aunque dicho coste, añadimos, sea ínfimo en relación con el valor de lo instalado."

Todas estas razones son las que fundamentan la estimación de la apelación, con revocación de la sentencia de instancia.

## 5. Potestad normativa local

**Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. La Ordenanza para la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, debe someterse a las previsiones de participación reguladas en la Ley 27/06, de 18 de julio, de protección del medio ambiente, pues se trata de una disposición de carácter general que trata de gestión de residuos**

**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Recurso contencioso-administrativo núm. 1441/2008

**Fecha:** Sentencia núm. 327/2010 de 17 de marzo

**Ponente:** Ilma. Sra. Mª Alicia Millán Herrandis

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Ayuntamiento de Denia

**Disposiciones analizadas:** Ley 27/06, de 18 de julio, de protección del medio ambiente, y artículo 49 de la Ley de bases de régimen local

**Doctrina:** La instalación subterránea de los contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, con la obra de urbanización que ello supone, excluye que puedan tener encaje dentro del concepto de "mobiliario urbano".

El Ayuntamiento, a través de previsión expresa en el Plan o en las bases particulares del Proyecto de urbanización, puede introducir nuevas obras de urbanización, como son la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, pero no a través de la Ordenanza.

La Ordenanza para la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, debió de someterse a las previsiones de participación reguladas en la Ley 27/06, de 18 de julio, de protección del medio ambiente, pues se trata de una disposición de carácter general que trata de gestión de residuos.

La Ley 27/06 no regula procedimiento alguno, sino que establece con carácter general la obligación de promover la participación real y efectiva del público. Debiendo ser, por tanto, las administraciones públicas las que, al establecer y tramitar los correspondientes procedimientos, habrán de velar por el cumplimiento de una serie de garantías reconocidas tanto por la legislación comunitaria como por el Convenio de Aarhus, y por la propia Ley 27/06, como principios informadores de la actuación pública en esta materia.

El Ayuntamiento, en cuanto a la tramitación de la Ordenanza, se limitó a aplicar las previsiones contenidas en el artículo 49 de la Ley de bases de régimen local, y por lo que a la publicidad se refiere remitió la misma al BOP, y la expuso en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, y transcurridos treinta días sin que se formularan alegaciones se procedió a la aprobación definitiva de la misma. Sin embargo, el Ayuntamiento debió de prever, en los términos que se establecen en el artículo 18 de la Ley 27/06, qué miembros de la población tenían la condición de personas interesadas y podían, por consiguiente, participar en dicho procedimiento

### Supuesto de hecho

El objeto del recurso contencioso-administrativo es la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Denia, para la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción.

El recurrente sostiene, entre otros argumentos, que concurre una causa de nulidad de pleno derecho en el procedimiento seguido para la tramitación y aprobación de la Ordenanza, ya que no se han tenido en consideración las diversas normas de obligada aplicación. En especial, dado el carácter marcadamente medioambiental de la Ordenanza, se debió de aplicar la Ley 27/06. De todo ello, concluye que en la tramitación de la Ordenanza no se han seguido los trámites legales exigibles, ya que no se ha consultado a asociaciones o colectivos afectados, lo que transgrede la normativa de aplicación.

El Ayuntamiento se opone a la estimación de la demanda y entiende que los argumentos de la contraria son inaplicables al caso concreto.

### Fundamentos de Derecho

El TSJ enmarca en el ordenamiento la Ley 27/2006, y establece que: "(...) La Ley 27/06, de 18 de julio, de Protección del Medio Ambiente, parte de los Principios Constitucionales que, en relación con el Medio Ambiente, establece el art. 45 de la Constitución, e introduce en el Derecho Español los tres principios (de acceso a la información, participación en la toma de decisiones y acceso a la justicia) que constituyen la esencia del convenio de AARHUS y que, en el ámbito del Derecho Comunitario han sido pormenorizados, fundamentalmente, en los Reglamentos

Comunitarios 1049/01, de 30 de mayo y el 1367/06, de 6 de septiembre, posterior a la Ley. Así como las Directivas 2003/4/CEE y 2003/35/CEE. El título competencial de la Ley viene previsto en la Disposición Final Tercera, y comprende casi la totalidad de la Norma con el carácter de legislación básica al amparo de lo dispuesto en el 149.1.23 de la Constitución."

El preámbulo de la Ordenanza se refiere a que, con la misma, se trata de complementar la regulación legal de la gestión de los residuos urbanos, establecida en la Ley 10/2000, de residuos de la Comunidad Valenciana, y su normativa de desarrollo. En cuanto a la normativa que legitima la Ordenanza, se hace referencia a la Ley 10/98 de residuos, a la Ley 10/2000 de residuos de la Generalitat Valenciana, al Plan integral de residuos de la Comunidad Valenciana, al Plan general para situaciones transitorias y coyunturales de urgencia de Denia (directriz octava), a la Ordenanza municipal de limpieza urbana, y a la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Respecto a lo que se consideran residuos urbanos a los efectos de dicha Ordenanza, se definen en su artículo 2 como "los generados en los domicilios particulares, comercios, oficinas y servicios y todos aquellos que no tengan la calificación de peligrosos y que por su naturaleza o composición puedan asimilarse a los producidos en los anteriores lugares o actividades."

El TSJ, a tenor de lo reseñado en el párrafo anterior, establece que la Ordenanza debió someterse a la Ley 27/2006, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

"A la vista del Preámbulo y de los artículos de la Ordenanza, de las propias normas legales que se citan como amparo legal para dictar la misma básicamente la Ley de Residuos Estatal y la Ley de Residuos de la Generalitat Va-

lenciana, la propia mención que se contiene a la protección del medio ambiente, la Sala alcanza la conclusión de que efectivamente la Ordenanza debió de someterse a las previsiones de participación reguladas en la Ley 27/06, de 18 de julio de Protección del Medio Ambiente, pues se trata de una Disposición de carácter general que trata de gestión de residuos, y en este punto no puede admitirse lo alegado por el Ayuntamiento de que la gestión de los residuos empieza con la retirada de los mismos de los contenedores, sino que por el contrario la gestión de residuos comprende igualmente los Sistemas e Instalación de contenedores y sus tipos, dimensionado, determinación de puntos de recogida, pues indudablemente todas estas decisiones se enmarcan en un concepto amplio de la Gestión de los Residuos, no siendo igual a dichos efectos que el contenedor se instale en superficie o subterráneo, la estanqueidad del mismo, o su volumen.”

Ahora bien, el TSJ señala que la Ley 27/06 “(...) no regula procedimiento alguno sino que establece con carácter general la obligación de promover la participación real y efectiva del público. Debiendo ser, por tanto, las Administraciones Públicas las que al establecer y tramitar los correspondientes procedimientos habrán de velar por el cumplimiento de una serie de garantías reconocidas tanto por la Legislación Comunitaria como por el Convenio de Aarhus, y por la propia Ley 27/06, como principios informadores de la actuación pública en esta materia.”

El Ayuntamiento, en cuanto a la tramitación de la Ordenanza, se limitó a aplicar las previsiones contenidas en el artículo 49 de la Ley de bases de régimen local, y por lo que a la publicidad se refiere remitió la misma al BOP, y la expuso en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, y transcurridos treinta días sin que se formularan alegaciones procedió a la aprobación definitiva de la misma. Sin embargo, el TSJ considera que:

“(...) el Ayuntamiento debió de prever en los términos que se establecen en el art. 18 de la Ley 27/06, que miembros de la población de Denia tenían la condición de personas interesadas y podían por consiguiente participar en dicho procedimiento. La Ley establece que se entenderá que tienen en todo caso tal condición las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se dediquen a la protección del medio ambiente y cumplan los demás requisitos previstos por la Ley en su art. 23. Nada de esto se hizo, y en consecuencia concurriría el vicio denunciado por la parte recurrente. A estos efectos resulta indiferente que dicho vicio no haya sido denunciado por ninguna de estas Entidades o por otras personas, públicas o privadas, que hipotéticamente hubieran podido participar, pues tratándose de la impugnación directa de una disposición general la Sala puede enjuiciar si la Administración se ajustó o no al procedimiento formal de tramitación y aprobación de la Ordenanza que nos ocupa.”

Por ello, al considerar que el Ayuntamiento debió de adaptar el procedimiento de elaboración de la Ordenanza

al mandato de participación contenido en la Ley 27/06, el TSJ procede a declarar su nulidad por dicho motivo.

No obstante, y dado que frente a esta sentencia no se podía interponer recurso de casación, y con el fin de dar respuesta a todos los motivos del recurso, el TSJ analiza las razones de fondo esgrimidas en cuanto a la posibilidad de que, mediante la Ordenanza recurrida, el Ayuntamiento imponga la obligación a los promotores y urbanizadores de instalar a su cargo contenedores para la recogida selectiva de residuos urbanos.

El TSJ afirma que: “(...) las previsiones de la Ordenanza en cuanto a la instalación subterránea de los contenedores con la obra de urbanización que ello supone, excluye que puedan tener encaje dentro del concepto de ‘mobiliario urbano’.”

Por ello, declara la nulidad del apartado cuarto del artículo 9 de la Ordenanza, pues “(...) el Ayuntamiento a través de previsión expresa en el Plan o en las Bases Particulares del Proyecto de Urbanización puede introducir nuevas obras de urbanización, pero no a través de la Ordenanza que nos ocupa que se refiere a la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos. Se trata de una obligación urbanística en los términos anteriormente dichos, y el legislador urbanístico ha establecido una serie de obras que se deben incluir en los Proyectos de Urbanización descritas tanto en el art. 157 de la LUV como en el art. 359 del Reglamento que desarrolla la Norma, dejando a salvo que puedan incluirse nuevas obras de urbanización pero en este caso deberán venir expresamente previstas en el Plan o en las Bases Particulares de dicho Proyecto de Urbanización. Por ello y aun entendiendo la Sala la necesidad e incluso la conveniencia de homologar los contenedores a instalar en la vía pública y de prever los mismos, el Municipio de Denia deberá hacerlo ajustándose a las previsiones legales.”

El TSJ estima el recurso y declara la nulidad de la Ordenanza.

## 6. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

**Tribunal Supremo. La competencia para el enjuiciamiento de las impugnaciones directas contra los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de gestión urbanística y licencias no corresponde a los juzgados de lo contencioso. Los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística y licencias son susceptibles de impugnación indirecta**

**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Cuestión de ilegalidad núm. 171/2009

**Fecha:** Sentencia núm. 14/2010 de 12 de enero

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Manuel Táboas Bentanachs

**Demandante:** PROGAR INVERSIÓN, S.L.

**Demandado:** Ayuntamiento de Bigues i Riells

**Disposiciones analizadas:** Artículo 71 de la Ley catalana 2/2002 de urbanismo

**Doctrina:** La competencia para el enjuiciamiento de las impugnaciones directas contra los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de gestión urbanística y licencias, no corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo, puesto que se trata de una materia que a esos efectos debe ser considerada como materia de planeamiento urbanístico y competencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia.

Los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística y licencias son susceptibles de impugnación indirecta.

En materia de las suspensiones preceptivas de instrumentos de gestión urbanística y licencias:

– O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico, en los ámbitos en que las nuevas determinaciones comporten una modificación del régimen jurídico urbanístico.

– O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico, en el supuesto de que, si bien el régimen vigente fuera compatible con el nuevo régimen inicialmente aprobado, puede resultar un perjuicio o riesgo para la nueva ordenación, que debe razonarse.

– No cabe en el seno de una suspensión preceptiva reglada de tramitaciones y licencias un tercer género, derivado de supuestos disfuncionales de demora en la aprobación inicial, o la mera invocación discrecional y genérica de puras conveniencias para lograr objetivos urbanísticos de una nueva ordenación

### Supuesto de hecho

El 29 de julio de 2004 se aprobó la suspensión de licencias para estudiar la formación de un Plan de ordenación urbanístico. El demandante solicitó certificado de aprovechamiento urbanístico, que fue expedido a 24 de enero de 2005.

El 21 de febrero de 2005 procede a solicitar licencia de obras.

El 18 de abril de 2005 el municipio resuelve suspender la tramitación de la licencia solicitada. Contra ese acto se siguió recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona núm. 5, que dictó sentencia el 16 de febrero de 2007, por la que inadmitió el recurso en cuanto impugna el acuerdo del Pleno sobre aprobación de la suspensión de licencias urbanísticas, y lo desestimó en cuanto al acto recurrido que suspende la tramitación de la licencia de obra solicitada. Esta sentencia fue revocada por la sentencia de 18 de enero de 2008, dictada por el TSJ de Cataluña, en la que, además de revocarla, dispuso, en su labor de sustitución de los pronunciamientos del Juzgado, que este plantee la cuestión de ilegalidad correspondiente respecto del acuerdo por el que se procede a suspender las tramitaciones y las licencias.

### Fundamentos de Derecho

El TSJ recuerda que: "(...) La competencia para el enjuiciamiento de las impugnaciones directas contra los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos y licencias igualmente no corresponde a los Juzgados de lo Contencioso administrativo puesto que se trata de una materia que a esos efectos debe ser considerada como materia de planeamiento urbanístico y competencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia."

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, estos acuerdos de suspensión son susceptibles de impugnación indirecta:

a) La sentencia de la Sala 3ª, Sección 4ª, de 7 de noviembre de 1988, señala que: "Es cierto que el recurso indirecto es una técnica típica de la impugnación de las disposiciones generales –artículo 39,2 y 4 de la Ley jurisdiccional– y que sin embargo el Texto Refundido incluye tal suspensión entre los 'actos' preparatorios de la formación y aprobación de los planes, pero aun así, la íntima conexión del acuerdo de suspensión con éstos, de clara naturaleza normativa, permite aplicar a la suspensión la técnica de la impugnación indirecta."

b) La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1990, afirma: "dado el carácter normativo de los acuerdos de suspensión del otorgamiento de licencias y la aplicación a ellos del recurso indirecto, tal como sentó la

Sentencia de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal de 7 de noviembre de 1988.”

c) La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1990, argumenta: “Respecto a las argumentaciones indicadas en el razonamiento anterior hay que decir que las infracciones que se alegan con relación al acuerdo de suspensión de licencias en cuestión, pueden ser examinadas en estas actuaciones toda vez que esta Sala tiene declarado que la suspensión de licencias opera en la vida práctica afectando decisivamente a la virtualidad del ordenamiento urbanístico y así las cosas frente a una posible firmeza del acuerdo de suspensión el Ordenamiento jurídico necesariamente ha de permitir la reacción que implica la impugnación indirecta (Sentencias de 7 de noviembre de 1988 y 27 de noviembre último).”

d) Y la sentencia de la Sala 3ª, Sección 5ª, del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000, establece: “(...) esta Sala, desde la sentencia de 7 de noviembre de 1988, ha venido declarando que los acuerdos de suspensión de licencias aunque no puedan considerarse en rigor como disposiciones administrativas de carácter general, inciden mediatamente sobre las normas urbanísticas que en otro caso serían de aplicación para verificar la procedencia de las licencias de edificación solicitadas y en ese punto participan de la naturaleza reglamentaria de aquellas, por lo que es posible su impugnación indirecta a través de los actos de aplicación. En contra de lo sostenido por la sentencia de instancia, ningún obstáculo existe a que impugnándose un acuerdo en que se deniegue la tramitación de una licencia de obras por haberse acordado aquella medida cautelar se alegue como motivo de impugnación precisamente la nulidad de esta última decisión. Por todo ello, procede estimar el presente motivo de casación.”

El TSJ señala que: “(...) la potestad que se examina ha alcanzado una dimensión que no sólo no se dirige a un supuesto concreto que se agota en sí mismo sino que alcanza a todos y cada uno de los casos que se presenten en el sobradamente destacable plazo de dos años, bien en materia de actos de intervención administrativa, bien para actos de gestión urbanística y con potencialidad suficiente para lograr esterilizar el ejercicio debido de la potestad de planeamiento urbanístico. (...) el convencimiento recae en que, con mayor motivo, nos hallamos ante unas figuras con tal potencialidad reglamentaria en cuanto son capaces de incidir tan decisivamente en la misma que han alcanzado una dimensión tal que afectan e inciden en el régimen de la normación urbanística como en la gestión urbanística y en sede de licencias, que como tales y en el caso concreto alcancen las suspensiones que prescriban, deben tener y merecen una consideración lo más próxima a la de las disposiciones reglamentarias susceptibles de impugnación indirecta de tal suerte que resulta aplicable su impugnación indirecta por la vía del artículo 26 de nuestra Ley Jurisdiccional y debe aceptarse que deben ser objeto de impugnación indirecta.”

Por ello, el TSJ aborda la cuestión de ilegalidad. El Tribunal señala que el acuerdo se produce por cuanto el equipo redactor del Plan de ordenación urbanística municipal no ha podido presentar, dentro del plazo establecido, la documentación necesaria para la aprobación inicial de esa figura de planeamiento y se trata de argumentar que la cobertura de esa suspensión se produce en razón a pretender conseguir objetivos urbanísticos concretos que han de ser explicitados y justificados y que permite emplear un nuevo plazo de suspensión hasta alcanzar el de dos años.

El TSJ afirma la ilegalidad del acuerdo, explica los supuestos de suspensión que permite el ordenamiento urbanístico de Cataluña y el porqué no cabe la suspensión establecida por el Ayuntamiento:

“a) O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico en los ámbitos que en que las nuevas determinaciones comporten una modificación del régimen jurídico urbanístico.

“b) O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico en el supuesto que si bien en principio pudiera pensarse que cabe la tramitación de instrumentos y licencias habida cuenta de que el régimen vigente fuera compatible con el nuevo régimen inicialmente aprobado pero pueda resultar perjuicio o riesgo para la nueva ordenación en cuyo caso procede revelar los objetivos urbanísticos concretos a alcanzar que deberán explicitarse y justificarse.

“Dicho en otras palabras, si se trataba de sostener que en el seno de una suspensión preceptiva y reglada de tramitaciones y licencias, como tercer *genus*, cabrían supuestos disfuncionales de demora en la aprobación inicial o la mera invocación discrecional y genérica de puras conveniencias a lograr objetivos urbanísticos de una nueva ordenación, debe afirmarse que esas conclusiones no se comparten.”

Por todo ello estima la cuestión de ilegalidad y declara la nulidad de pleno derecho del acuerdo por el que se procede a suspender las tramitaciones y las licencias para alcanzar objetivos urbanísticos concretos.



**Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Los tribunales deben verificar los hechos para comprobar si la decisión planificadora urbanística discrecional guarda coherencia con ellos. La incongruencia o la discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, infringe el ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad, porque se traspasan los límites racionales de la discrecionalidad para convertirla en fuente de decisiones huérfanas de la debida justificación**

**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)

**Fecha:** Sentencia núm. 313/2010 de 26 de marzo

**Ponente:** Ilma. Sra. Mª Consuelo Uris Lloret

**Demandante:** Coto Espuña, S.Coop.

**Demandado:** Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y Ayuntamiento de Aledo

**Disposiciones analizadas:** Artículos 9 y 103 CE

**Doctrina:** La clasificación como suelo urbanizable en mayor o menor extensión no puede quedar a mero capricho o voluntarismo de expansión de la Administración municipal, sino que se debe basar, al menos, en una proporción razonable, en la existencia de datos objetivos del territorio y las infraestructuras que justifiquen que esa clasificación de suelo urbanizable dispondrá de los servicios necesarios, bien porque ya existan, o porque, si son insuficientes, se podrán completar durante el proceso de desarrollo de ese suelo urbanizable.

No es admisible que un Plan general, que pretende poder pasar de los 1.000 habitantes actuales a un techo posible de 240.000, no incluya ninguna actuación para dotar de un auténtico sistema general de infraestructura de suministro de agua y saneamiento y se limite a decir que, en el futuro, cada Plan parcial, en el suelo urbanizable que clasifica, resolverá los problemas y demandas de suministro y depuración de aguas, como crea conveniente.

La potestad de planeamiento es, por su propia esencia, una potestad ampliamente discrecional, puesto que se trata de una potestad conformadora que pretende configurar el espacio territorial al que se refiere, y encauzar su desarrollo futuro según un cierto modelo que el legislador, desde la perspectiva abstracta y general que le es propia, no está, lógicamente, en condiciones de formular.

Los tribunales de lo contencioso-administrativo deben verificar los hechos para comprobar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia con ellos.

La incongruencia o la discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto, o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, infringe el ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad, porque se traspasan los límites racionales de la discrecionalidad para convertirla en fuente de decisiones huérfanas de la debida justificación

### Supuesto de hecho

El consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de la Región de Murcia aprobó el Plan general municipal de ordenación de Aledo, por Orden de 29 de septiembre de 2004.

El demandante fundamenta el recurso contra la aprobación definitiva, entre otros argumentos, en el impacto que sobre los recursos hídricos supondrá la ordenación territorial prevista para el municipio. Ello pone de relieve la magnitud del proyecto para Aledo, pues su actual población es de 1.000 habitantes aproximadamente y se prevén 50.000 habitantes adicionales en el suelo urbanizable sectorizado, sin perjuicio de los que pueden asentarse en el suelo urbanizable no sectorizado.

A su vez hace especial referencia a la clasificación de suelo no urbanizable de protección agrícola. Señala que, en el informe pericial, se destaca que resulta llamativa la inexistencia en el Plan general aprobado de categoría alguna de suelo no urbanizable, merecedor de protección por sus valores agrícolas, en un municipio eminentemente agrícola y en el que hay una gran parte de suelo destinado a huerta tradicional y nuevos regadíos. Y ello resulta injustificable, no solo desde el punto de vista económico, sino también ambiental.

El TSJ estima el recurso interpuesto y anula la aprobación definitiva del Plan general.

### Fundamentos de Derecho

La cuestión de fondo más relevante que se plantea, es la idoneidad y viabilidad de los recursos hídricos contemplados en el Plan general de Aledo. Para ello el TSJ, una vez examinados los dictámenes periciales e informes emitidos, pondera la transformación del municipio que se plantea en el Plan general:

“(…) La población de Aledo es aproximadamente de 1.050 habitantes (página 78 del Estudio Impacto Ambiental). Con el Plan General aprobado esa población podría alcanzar, teniendo en cuenta tanto el suelo urbano como el urbanizable sectorizado y no sectorizado, los 240.000 habitantes, como se señala en la conclusión nº 12 del informe de la Dirección General de Urbanismo (folio 924 del expediente) y en el que se indica que se debería reconsiderar la superficie de suelo urbanizable. La racionalidad y coherencia de esa previsión de crecimiento excepcional, que permite pasar de 1.000 habitantes a 240.000 habitantes, requiere necesariamente

examinar la realidad física sobre la que actúa el Plan, y en la que se destacan dos circunstancias que parecen contradictorias con ese modelo de crecimiento:

“– La existencia en prácticamente la otra mitad del municipio que no es urbanizable, de suelos merecedores de especial protección por estar catalogados como LIC, ZEPA, o formar parte del borde de Sierra Espuña.

“– La casi total ausencia en la actualidad de infraestructuras y servicios que permitan soportar y atender la enorme demanda de suministros que esta población exigiría cuando se fueran cumpliendo las expectativas de crecimiento que permite el Plan General.”

La necesidad de la justificación de las infraestructuras existentes se le fue reiterando al Ayuntamiento de Aledo en los diversos informes que emitió la Dirección General de Urbanismo:

– El informe de la Dirección General de Urbanismo (folio 920 del expediente) indica que la memoria del Plan general no menciona el estado ni las características de otras redes de infraestructuras del municipio, ni se analiza su capacidad o estado.

– En el folio 921, el informe señala que debe completarse el documento detallando las redes de infraestructuras existentes que sirvan para fijar los criterios que justifiquen la clasificación de suelo.

– En el folio 923, en las conclusiones 9 y 10 del informe se señalan las carencias de la definición de infraestructuras.

– En el folio 924 del expediente, en la conclusión 12 de este informe de la Dirección General de Urbanismo, se dice que para el cálculo de las infraestructuras debe tenerse en cuenta la población existente y la prevista en la culminación del desarrollo del Plan.

– En otro informe de la Dirección General de Urbanismo (folio 937 del expediente) se vuelve a reiterar que sobre el suelo urbanizable sectorizado se ha de justificar la disponibilidad de infraestructuras.

– En el folio 938 el informe advierte de las dificultades para el desarrollo del suelo urbanizable sin sectorizar, por la escasez de infraestructuras del término municipal.

De este conjunto de datos y de las advertencias de la Dirección General de Urbanismo durante la tramitación del Plan general, el TSJ establece que: “(...) se desprende con claridad que la clasificación como suelo urbanizable en mayor o menor extensión no puede quedar a mero capricho o voluntarismo de expansión de la Administración Municipal, sino que se debe basar, al menos en una proporción razonable, en la existencia de datos objetivos del territorio y las infraestructuras que justifiquen que esa clasificación de suelo urbanizable dispondrá de los servicios necesarios, bien porque ya existan, o porque si son insuficientes se podrán completar durante el proceso de desarrollo de ese suelo urbanizable.”

Una vez examinados todos los documentos emitidos en el procedimiento de aprobación, el TSJ concluye que: “(...) Se desprende de lo expuesto que los habitantes po-

sibles en el suelo urbanizable sectorizado son del orden de 57.000 personas, y sin embargo la justificación de suficiencia de suministro de agua sólo hace para una demanda de 36.500 personas. Además, la extracción de agua mediante pozos es una actividad con muchos factores de incertidumbre (sequías, descenso del nivel de los acuíferos, etc.) por lo que no parece suficiente confiar en este suministro para el futuro abastecimiento de decenas de miles de personas.

“(...) Por todo ello, ha de concluirse que la justificación de suficiencia de las infraestructuras de agua y saneamiento, en que tanto había insistido la Dirección General de Urbanismo, parece más bien un mero formalismo porque ninguno de los datos que se aportan, tienen la suficiente solidez y realidad como para demostrar ese suministro.

“Tampoco parece admisible que un Plan General que pretende poder pasar de los 1.000 habitantes actuales a un techo posible de 240.000 no incluya ninguna actuación para dotar de un auténtico sistema general de infraestructura de suministro de agua y saneamiento y se limite a decir que en el futuro cada Plan Parcial de los 21.552.893 m<sup>2</sup> de suelo urbanizable que clasifica, son los que resolverán sus problemas y demandas de suministro y depuración de aguas, como crean conveniente.

“Este planteamiento no es propio ni adecuado de un Plan General sobre todo con las posibilidades de aumento explosivo de población que se prevé en el de Aledo. Todo el modelo del enorme crecimiento de población previsto para el municipio de Aledo por su Plan General, descansa sobre una posibilidad de suministro de agua que no se ha acreditado que se disponga realmente porque, según el organismo de cuenca responsable de las autorizaciones, ni están adecuadamente cuantificadas las demandas que se harán al Taibilla ni se han demostrado los derechos de explotación de los pozos que se citan.”

En cuanto a las alegaciones relativas a la ilegalidad de la clasificación del suelo, el TSJ señala que:

“(...) Para resolver sobre los anteriores motivos del recurso es conveniente examinar el plano de conjunto del término municipal de Aledo, con la clasificación de suelo prevista en el Plan General, para comprobar que prácticamente el territorio se divide en dos mitades que son: –El suelo no urbanizable porque existe alguna razón que lo haga merecedor de una especial protección (zonas LIC, ZEPA, Sierras) (folio 400 del expediente): 52,45%; –El suelo urbano y urbanizable sectorizado o no: 47,55%.

“Habiendo desaparecido el suelo no urbanizable de carácter agrícola por las razones que reiteradamente se dan en el expediente.

“Según el Estudio de Impacto Ambiental (folio 82 del expediente) la agricultura es la principal actividad del Municipio. Esto se ratifica en la propia Memoria del Plan General, que indica (folio 346) que la actividad principal del municipio es la Agricultura que ocupa el 46,7% del total del término. Comparando ese 46,7% del término que el

Plan General reconoce que en la actualidad se destinaba a la Agricultura, con el 45,64% del término que en el Plan General se clasifica como urbanizable, sectorizado o no, se entiende que dicho Plan General ha decidido una transformación radical del municipio de Aledo, y un cambio total de sus características, destinando la práctica totalidad del suelo agrícola que ahora existe a suelo urbanizable. Y además esta elección por un modelo de crecimiento que abandona totalmente la agricultura y adopta la opción radical de poder pasar de 1.050 habitantes a 239.013 que es su posibilidad máxima se decide de forma consciente y rechazando las infinitas opciones intermedias o al menos más moderadas que podrían tomarse.”

De todo ello, concluye que las soluciones adoptadas por la Administración han de considerarse irracionales y arbitrarias:

“Es evidente que en el presente caso, y en atención a todo lo expuesto con anterioridad, las soluciones adoptadas por la Administración han de considerarse irracionales y arbitrarias, y además no sólo no vienen impuestas por la realidad del terreno, sino que, por el contrario ésta demandaba la necesidad de conjugar la protección de los valores agrícolas, ambientales y paisajísticos con esas perspectivas de crecimiento de la ciudad y de una actividad turística, y de establecer las adecuadas previsiones en lo que se refiere a infraestructuras, concretamente la disponibilidad de agua para abastecer a la población resultante del plan.”

El fundamento jurídico de la nulidad del Plan y del alcance de la nulidad es como sigue:

### **La potestad de planeamiento es ampliamente discrecional.**

“Como ha declarado reiterada jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1986, 18 de julio de 1988, 18 de marzo de 1992, 1 de junio de 2001, entre otras), la potestad de planeamiento es, por su propia esencia, una potestad ampliamente discrecional, puesto que se trata de una potestad conformadora que pretende configurar el espacio territorial al que se refiere, y encauzar su desarrollo futuro según un cierto modelo que el legislador, desde la perspectiva abstracta y general que le es propia, no está, lógicamente, en condiciones de formular.”

### **La potestad de planeamiento es susceptible de revisión jurisdiccional, entre otros motivos, por vulneración del principio constitucionalizado de la interdicción de la arbitrariedad.**

“Ahora bien, dicha potestad puede ser revisada judicialmente, no en el sentido de que los Tribunales impongan una determinada solución, sino en el sentido de declarar la elegida por aquel irracional, desconectada de los propios principios inspiradores del Plan o ilógica, es decir, contraria a los principios generales del Derecho, entre ellos, y significativamente, al principio de la interdicción de la arbitrariedad de

los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución Española.

“Por tanto, se ha de comprobar ‘si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con los hechos, porque cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que es su presupuesto inexorable, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico, y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna’ (STS de 27 de abril de 1983), lo que justificará su anulación, e incluso la sustitución de la decisión anulada por otra distinta, al menos cuando los criterios generales del planeamiento enjuiciado conduzcan inequívocamente a ella (STS 15 de diciembre de 1986). Y en sentencia de 9 de febrero de 2009 el Alto Tribunal ha declarado lo siguiente:

“Llegamos así al fondo del debate... para cuya resolución no está de más recordar la profunda discrecionalidad del planeamiento urbanístico general a la hora de elegir los objetivos y de concretar sobre el terreno las determinaciones precisas para su logro. Le cabe a la Administración elegir entre un amplio abanico de opciones, en función de criterios sociológicos, económicos, medioambientales o de otra índole, opciones todas jurídicamente indiferentes e igualmente aceptables para el interés público al que objetivamente se debe (artículo 103, apartado 1, de la Constitución). Mientras no rebase los límites de esas diferentes posibilidades, todas igualmente justas, nada tiene qué decir el derecho, debiendo, por tanto, guardar silencio los tribunales.”

### **El doble límite negativo de la discrecionalidad: la realidad y los principios generales del Derecho.**

“Ahora bien, esa discrecionalidad tiene un doble límite negativo. En primer lugar la realidad, que está ahí y no puede ser desconocida, inventada o desfigurada por la Administración, aunque disponga de un amplio margen para su valoración. Los titulares del poder judicial pueden, pues, introducirse en el ámbito de la discrecionalidad administrativa para comprobar que la alternativa elegida se sustenta sobre una cabal apreciación de los hechos. En segundo término, los principios generales del derecho, ‘oxígeno que respiran las normas’, incluida la que atribuye al planificador una vasta libertad de configuración. La Administración está sujeta a la ley y al derecho (artículo 103, apartado 1, de la Constitución) y, por consiguiente, a los principios generales del derecho y entre ellos, muy destacadamente, al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9, apartado 3, de la Constitución). Este es el segundo portillo por el que cabe que los jueces se asomen para contemplar la discrecionalidad administrativa y comprobar si ha sido utilizada en los términos que quiso el legislador al atribuirle poderes de tal condición.”

### Alcance del control jurisdiccional.

“No obstante, el control jurisdiccional de las administraciones, tan ampliamente trazado por los artículos 106, apartado 1, en general, y, en particular para las autonómicas, por el 153 de la Constitución, así como por los artículos 8 y 9, apartado 4, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) y los artículos 1 a 5 de la Ley 29/1998, no puede irrumpir en el corazón de la potestad discrecional, valorando la oportunidad de la decisión y, mucho menos, sustituyendo la elección administrativa. Los tribunales de lo contencioso-administrativo han de ceñirse, pues, a verificar los hechos para comprobar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia con ellos, de suerte que, si aprecian una incongruencia o una discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad, que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad para convertirla en fuente de decisiones huérfanas de la debida justificación. Una vez comprobado que una concreta determinación del plan in-

curre en un desvío de esa naturaleza, procede su anulación, pero los jueces no podemos reemplazarla por otra a nuestro antojo, pues, tratándose de potestades discrecionales, siempre existen varias soluciones lícitas y razonables entre las que debe escoger la Administración, titular de esta potestad discrecional, salvo que las líneas del planeamiento conduzcan a un único desenlace, que se imponga ya por razones de coherencia.

“Así se ha expresado este Tribunal desde hace tiempo, con otras o parecidas palabras, a través de una línea doctrinal que constituye uno de los más importantes logros jurisprudenciales en materia urbanística. Cabe recordar las sentencias de 22 de septiembre de 1986 (apelación 85.989, FJ 2º), 19 de mayo de 1987 (apelación 814/85, FJ 2º), 20 de marzo de 1990 (apelación 1346/88 FJ 4º), 2 de abril de 1991 (apelación 1718/89, FJ 2º), 17 de marzo de 1992 (apelación 1878/89, FJ 2º), 18 de mayo de 1992 (apelación 1694/90, FJ 7º), 8 de junio de 1992 (apelación 7138/90 FJ 2º). De fechas más recientes pueden consultarse las de 4 de diciembre de 1995 (apelación 4740/91, FJ 4º), 27 de mayo de 1998 (apelación 5868/92, FJ 6º) y 11 de julio de 2006 (casación 2236/03, FJ 2º).”

Por todo ello se estima el recurso y se anula la aprobación definitiva del Plan.

### Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Las actuaciones en el suelo no urbanizable tales como los parques eólicos, grandes vertederos, centrales térmicas o subestaciones eléctricas, se deben incorporar al planeamiento general como sistemas generales, y no es admisible su autorización como actuaciones de interés público o social en el suelo no urbanizable

**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Recurso de apelación núm. 262/2008

**Fecha:** Sentencia núm. 329/2010 de 21 de abril

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. José Juanola Soler

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Generalitat de Catalunya, Departament de Política Territorial i Obres Públiques y Endesa Distribución Eléctrica S.L.

**Disposiciones analizadas:** Artículos 47.4.d), 48, 57 y 58 de la Ley 2/2002 catalana de urbanismo

**Doctrina:** Las actuaciones en el suelo no urbanizable tales como los parques eólicos, grandes vertederos, centrales térmicas o subestaciones eléctricas, se deben incorporar al planeamiento general como sistemas generales, y no es admisible su autorización como actuaciones de interés público o social en el suelo no urbanizable.

Resulta imprescindible urbanísticamente la previsión a nivel del planeamiento urbanístico general –que no especial– de los parques eólicos o las centrales térmicas y vertederos. Resulta impropio reconocer, vertebrar y dar viabilidad a los mismos mediante licencias en suelo no urbanizable para las actuaciones de interés público a emplazar en medio rural.

Desde la perspectiva de que los sistemas generales configuran la estructura general del territorio y determinan el desarrollo urbano, es ilegal tratar de hurtar esa vertebración, estructuración, distribución y organización del planeamiento general y redirigir el caso meramente al régimen jurídico de las autorizaciones o licencias.

Es y debe ser en la sede de planeamiento general donde ha lugar a plantear alternativas, y finalmente justificar debidamente el emplazamiento de los correspondientes sistemas en cada clase de suelo. Es ilegal relegar el examen de descartar ubicaciones alternativas y concretar la ubicación idónea en sintonía con el planeamiento territorial sectorial en liza, a la mera iniciativa de un solicitante de autorización/ones o licencia/s para el/los terreno/s que le interese/n. Se trata de una hábil manera de reducir a la nada tanto la potestad discrecional del planeamiento, como el régimen y garantías que deben presidir la órbita del planeamiento

### Supuesto de hecho

Endesa Distribución Eléctrica S.L. solicitó licencia para la construcción de una subestación eléctrica en el suelo no urbanizable, que debía someterse a autorización previa autonómica. El proyecto en cuanto a “actuación específica de interés público en suelo no urbanizable”, fue aprobado definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo de Girona.

Este acuerdo fue recurrido y el juez de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Girona dictó sentencia desestimatoria del recurso, la cual es objeto de recurso de apelación.

El TSJ de Cataluña estima el recurso de apelación y anula el acuerdo, por entender que se trata de un sistema general y no de una actuación de interés público o social en el suelo no urbanizable.

### Fundamentos de Derecho

Para el TSJ de Cataluña la subestación eléctrica tiene el carácter de sistema urbanístico porque tiene un nivel de servicio de alcance supramunicipal, y ello lo convierte en un elemento que configura la estructura general del territorio. De ello el Tribunal deduce que: "(...) la aprobación definitiva del proyecto de la subestación eléctrica concedida por la Generalitat de Catalunya, carece de cobertura normativa, ya que, en cuanto sistema urbanístico general, el proyecto de la Subestación eléctrica no tiene cabida en el supuesto previsto en los artículos 47.4.d) y 48 de la Ley catalana de urbanismo, ni en el artículo 133 del Plan General de Ordenación de Forallac, y, por formar parte integrante de la estructura general del territorio, requiere la cobertura de un instrumento de planeamiento urbanístico general (artículos 57 y 58 de la misma Ley)."

La sentencia que referenciamos, manifiesta una línea jurisprudencial del TSJ de Cataluña que ha exigido que actuaciones en el suelo no urbanizable, como los parques eólicos, grandes vertederos o centrales térmicas, se deban incorporar al planeamiento general, y no sea admisible su autorización como actuaciones de interés público o social en el suelo no urbanizable.

Así, en la STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2008 se estableció:

"(...) este tribunal no puede obviar que con absoluta independencia de lo que a los efectos del Decreto 174/2002, de 11 de junio, regulador de la implantación de la energía eólica, corresponde para con el Mapa de implantación ambiental de la energía eólica en Cataluña con la naturaleza de Plan Territorial Sectorial, otra cosa es ponderar urbanísticamente el caso desde la órbita urbanística y para con el ordenamiento jurídico urbanístico.

"Efectivamente, el presente caso tan caracterizado por el empleo, ni más ni menos de un parque eólico de 33 aerogeneradores de 1.500 kW cada uno, regulados por el sistema de paso variable y con orientación activa, formados por torres tubulares de 80 metros de altura y tres palas de 77 metros de diámetro, se estima que innegablemente por su relevancia cuantitativa y cualitativa alcanzan urbanísticamente la cualificación de verdadero, efectivo e innegable Sistema General Urbanístico en los términos del artículo 34 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña –tanto en su redacción originaria como la establecida por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local–, como con posterioridad se establece en el artículo 34

del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña.

"Configuración y conceptualización de Sistema General Urbanístico que como en otros supuestos examinados por esta Sección –así, para centrales térmicas o vertederos, en nuestras Sentencias nº 610, de 10 de septiembre de 2004, nº 381, de 2 de mayo de 2005, nº 952, de 7 de diciembre de 2005 y nº 299, de 15 de abril de 2008 y las que en ellas se citan– resulta imprescindible urbanísticamente su previsión a nivel del planeamiento urbanístico general –que no especial– y resultando impropio reconocer, vertebrar y dar viabilidad a los mismos con la mera técnica que apartando su consideración en sede de planeamiento urbanístico general, con lo que ello representa, devalúe su consideración y tratamiento al régimen de la mera órbita de intervención administrativa y concretamente a las meras licencias en suelo no urbanizable para las simples actuaciones de interés público a emplazar en medio rural del artículo 48 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, y demás preceptos concordantes, como si la implantación urbanística de que es y debe ser un sistema general con la valoración ambiental que proceda ya estuviese decidida. (...)

"Y a los efectos del presente proceso si se tiene en cuenta que los Sistemas Generales configuran la estructura general del territorio y determinan el desarrollo urbano (...) Desde tal perspectiva tratar de hurtar esa vertebración, estructuración, distribución y organización del planeamiento general y redirigir el caso meramente al régimen jurídico de las autorizaciones o licencias ya se puede comprender que dista mucho de poder aceptarse.

"A mayor abundamiento y en línea con lo anterior debe resaltarse la relevante trascendencia que tiene la premisa expuesta puesto que es y debe ser en la sede de planeamiento general donde ha lugar a plantear alternativas y finalmente justificar debidamente el emplazamiento de los correspondientes Sistemas en cada clase de suelo, (...) Por consiguiente, en consideración a la relevante entidad del caso que se enjuicia debe estarse al régimen jurídico del planeamiento urbanístico para con el empleo de sus técnicas apurar el examen requerido y finalmente en el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento ubicar idóneamente en su emplazamiento el sistema de autos.

"Efectivamente desde esa perspectiva relegar el examen de descartar ubicaciones alternativas y concretar la ubicación idónea en sintonía con el planeamiento territorial sectorial enliza a la mera iniciativa de un solicitante de autorización/ones o licencia/s para el/los terreno/s que le interese/n no es sino una hábil manera de reducir a la nada tanto la potestad discrecional del planeamiento como el régimen y garantías que deben presidir la órbita del planeamiento, no se olvide, a los efectos de la debida y puntual fijación de los Sistemas, en cuanto elementos sustanciales y determinantes del desarrollo urbano y que conforman la estructura general y orgánica del territorio."

Por todo ello, el TSJ de Cataluña estima el recurso de apelación y anula el acto recurrido.

**Tribunal Supremo. La modificación del planeamiento que permite la legalización de una edificación, no constituye una causa legal que imposibilite la ejecución de la sentencia, que anuló la licencia de construcción de esa edificación por infracción del artículo 73.2 de la LS 1976, actualmente 10.2 LS 2008 (las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, norma de aplicación directa, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de este y en contradicción con el mismo). La causa legal concurriría si se ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia**

**Órgano:** Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 6214/2007

**Fecha:** Sentencia de 31 de marzo de 2010

**Ponente:** Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Ayuntamiento de Pollença

**Disposiciones analizadas:** Artículo 73 LS 1976 (actualmente artículo 10.2 LS 2008)

**Doctrina:** La modificación del planeamiento que permite la legalización de una edificación, no constituye una causa legal que imposibilite la ejecución de la sentencia, que anuló la licencia de construcción de esa edificación por infracción del artículo 73.2 de la LS 1976, actualmente 10.2 LS 2008 (las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, norma de aplicación directa, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de este y en contradicción con el mismo). La causa legal concurriría si se ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia.

Lo que le cabe al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución es apreciar (cuando llegue el caso, si llega y si lo que llega es plenamente acomodado al ordenamiento jurídico y también, por tanto, a lo dispuesto en aquel artículo 73, o en las normas sectoriales sobre medio ambiente, o sobre protección del patrimonio histórico, etc.) si la nueva planificación u ordenación ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia y si, por ello, por no exigirle ya la restauración de la legalidad, debe considerarse concurrente, o no, una causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en los términos o a través de las actuaciones que naturalmente se derivan de su fallo

### Supuesto de hecho

El Ayuntamiento de Pollença concedió una licencia para la construcción de un edificio en la confluencia de las calles Cruces y Benavista y desestimó –de forma presunta y expresa– el recurso de reposición formulado contra el acuerdo de concesión de la licencia.

Los acuerdos fueron anulados por la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 11 de noviembre de 1993, confirmada en casación por sentencia del Tribunal Supremo, por considerarse vulnerado el artículo 108 del Plan general de ordenación urbana de Pollença que, en síntesis, en relación con las alturas de las obras de nueva construcción en la zona denominada Centro Histórico, se remitía a la “altura general de la calle”.

El recurso de casación se formula contra el auto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictó en fecha de 17 de septiembre de 2007, que declaró la existencia de causa legal de imposibilidad de ejecutar la sentencia de 11 de noviembre de 1993.

El auto recurrido establece que la causa legal de imposibilidad de ejecutar la sentencia consiste en la existencia de un acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pollença, en sesión de 4 de abril de 2002, concediendo licencia de obras de legalización adecuada a las previsiones normativas del Plan especial del Centro Histórico de Pollença.

El Tribunal Supremo estima el recurso y declara la inexistencia de causa que imposibilite ejecutar la sentencia.

### Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo reseña que la Sala que establece la causa de imposibilidad legal para ejecutar la sentencia, se fundamenta en los antecedentes del procedimiento, y destaca los siguientes:

“(…) valora las periciales de autos confrontando los dictámenes de unos peritos –que consideraban que la edificación se ajustaba al planeamiento– con el de otros, a los que la Sala da relevancia, que expresaban ‘que la vivienda de autos obstaculiza casi la totalidad del paisaje natural. No se integra en el resto del conjunto urbano del Centro Histórico y su impresionante volumetría genera un impacto del medio urbano. Existe una exagerada medida de escalonamiento, amén de (a diferencia del resto de las parcelas de la manzana en cuestión en que las construcciones se hallan escalonadas y por debajo de la rasante) superar el nivel de acera de la calle Cruces’.

“(…) cita de la doctrina contenida en la STS de 16 de junio de 1993 (sobre el artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU), y recordando un informe de la Dirección General de Cultura sobre la zona (El Calvario) de la construcción efectuada, la sentencia de instancia llega a la conclusión –que constituye su *ratio decidendi*– de la vulneración de los citados preceptos: ‘Preceptos ambos (artículo 73 del TRLS76 y 98 del RPU), que no tuvo presente la Administración municipal, en su toma de decisión. Se limitó, sin más, al examen del proyecto desde la única perspectiva de la normativa impuesta por el Plan (...) a pesar de ello, también se interpretó erróneamente el mismo’.”

A tal pronunciamiento principal, la Sala de instancia añade otros dos, que ratifican el primero:

“a) En efecto, todas las viviendas ubicadas en la calle Cruces están construidas por debajo del nivel de la rasante (nivel de acera). Se crea... en la zona un concepto de escalonamiento lógico a la topografía que no incide en las visuales. No, por el contrario, acaece con la finca de Autos que sí las obstaculiza de modo palmario.

“b) Por otro lado es importante destacar que el proyecto no cumple con la altura reguladora –normas 53, 56 y 63 del P.G.O.U. de Pollença– atendida la indeterminación existente entre las calles Benavista, en subida, y las Cruces, cuyo nivel de acera no debe sobrepasarse.”

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de octubre de 1999, confirma la sentencia cuya ejecución se solicitaba, tras examinar el contenido de los apartados a) y b) del artículo 73 de la LS 1976, “(...) que ambos límites han sido sobrepasados por la casa objeto del presente proceso cuya volumetría es muy superior a la del resto de los edificios del Centro Histórico de Pollença, no se integra en el conjunto e impide la contemplación del paisaje natural.”

De lo anterior se desprende que la ilegalidad de la licencia resulta de la vulneración del artículo 73 LS 1976.

El Ayuntamiento argumenta la concurrencia de la causa legal de imposibilidad de ejecutar la sentencia, en base a los siguientes datos:

a) La aprobación –con posterioridad a los acuerdos impugnados y con anterioridad a la sentencia de instancia– del denominado Plan especial del Centro Histórico de Pollença, mediante Acuerdo de 25 de febrero de 1993 de la Comisión Insular de Urbanismo de Mallorca.

b) El Decreto del alcalde presidente del Ayuntamiento de Pollença de fecha 15 de abril de 2004, por el que se concedió a la codemandada licencia de primera utilización de la vivienda construida conforme a un proyecto de legalización y a sus modificaciones aprobados por Acuerdo de la Comisión de Gobierno del citado Ayuntamiento de 15 de abril de 2000.

En consecuencia, el Tribunal Supremo argumenta que:

“(...) en el acuerdo de legalización de las obras cuya licencia fue anulada se ha llevado a cabo un juicio o confrontación de legalidad entre el Plan Especial –de fecha posterior a los Acuerdos de concesión de las licencias y no tomado en consideración en las sentencias dictadas– y la realidad física construida, la cual, aún amparada en un nuevo proyecto acorde con el Plan Especial, sin embargo, es la misma existente y derivada de los acuerdos iniciales impugnados y anulados; sobre esta realidad no existen dudas: así lo ha certificado uno de los peritos actuantes en los autos principales y así lo ha aceptado el Auto impugnado (...)

“Esto es, se ha llevado a cabo una legalización formal de la edificación en su día indebidamente realizada, pero en modo alguno se solventa la auténtica *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, que, recordemos, no era otra que la vulneración del artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU. Como quiera que la realidad física es la misma, no consta que manteniendo tal realidad física, se legalicen, se excluyan o desaparezcan las auténticas razones de decidir que constituyen

el núcleo de la sentencia que se ejecuta.

“(...) en modo alguno pueden constituir una causa legal de inejecución de la sentencia, y ello, porque, a pesar de todo lo anterior, los efectos, causa y razones de la anulación jurisdiccional (vulneración del artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU) siguen subsistiendo y ninguna medida ha sido adoptada en el proceso de legalización tendente a evitar los perniciosos efectos que, insistimos, constituyeron, la razón de ser de la decisión judicial.”

El Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia respecto del artículo 73 de la LS 1976 y del artículo 98 del Reglamento de planeamiento, según la cual estos preceptos se aplican en todo caso, existan o no planes de ordenación o normas subsidiarias o complementarias de planeamiento; son normas, ambos preceptos, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de este y contradicción con el mismo; su aplicación es directa, es decir, no precisa de desarrollo por otra disposición o acto.

El Tribunal Supremo cita de manera expresa la sentencia de 4 de mayo de 2004 en la que estableció los efectos del artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU y su proyección en el momento de la ejecución de las sentencias anulatorias de licencia con base en la infracción de los mismos:

“Tal motivo no puede prosperar, pues se oponen a él las siguientes razones jurídicas:

“A) El efecto o consecuencia inherente a la anulación de la licencia por no adaptarse el edificio autorizado al ambiente en que se sitúa es, o bien su derribo, o bien su modificación externa, de suerte que la edificación que finalmente quede, si alguna fuera posible, cumpla aquella exigencia legal (la del artículo 73 de la Ley del Suelo de 1976, desarrollado en el 98 del Reglamento de Planeamiento) de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que esté situada. La ejecución de la sentencia exige, así, acometer una de esas dos actuaciones. Y acometerla con la prontitud dispuesta por el legislador en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, ya que, como se dispone en el artículo 105.1, no cabe suspender el cumplimiento del fallo.

“A este respecto, ha de decirse que poco importa que el fallo de la sentencia a ejecutar se limitara a anular el acto administrativo impugnado, sin ordenar expresamente ninguna de aquellas dos posibles actuaciones, pues es también doctrina constitucional la que integra en el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias la llamada garantía de interpretación finalista del fallo, que infiera de él todas sus naturales consecuencias. Así, en la STC número 148/1989 y en otras, como las SSTC 125/1987 (FJ 2) y 92/1988 (FJ 2).

“B) En cambio, no es efecto o consecuencia inherente a aquel pronunciamiento anulatorio una actuación consistente en la acomodación del entorno, ya que la causa o título impositivo de ésta no sería nunca el pronunciamiento jurisdiccional anulatorio de la licencia de obras, sino la decisión administrativa adoptada en el ejercicio de las potestades de planeamiento u ordenación. Si esa acomodación es jurídicamente posible, podrá surgir entonces, tras la acomodación y siempre que ésta satisfaga las exigencias del ordenamiento

jurídico, entre ellas la relativa al ejercicio no arbitrario de las potestades de planeamiento y ordenación territorial, un supuesto de imposibilidad legal de ejecución de aquella sentencia. Pero sólo entonces. (...)

“Puede traerse a colación, aquí, lo ya dicho por este Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, entre otras en su sentencia de 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996 y recordada en la de fecha 10 de diciembre de 2003 (recurso de casación número 2550 de 2001):

“(…) Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute.

“Esta conclusión (matizada y que remite la solución al examen de las circunstancias concretas en cada caso) justifica la diversidad de decisiones que este Tribunal Supremo ha adoptado, y que van desde la afirmación de que la modificación del planeamiento es causa de inejecución de las sentencias (autos de 3 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994 y sentencia de 12 de septiembre de 1995) hasta la conclusión de que la modificación del planeamiento no es causa de inejecución (autos de 5 de abril de 1988 y de 16 de julio de 1991 y sentencia de 23 de julio de 1998).

“Esta última dice que *no es exacto que la modificación*

*del planeamiento produzca una automática legalización ex post facto de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo, aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por desconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración (...)*’

“(…) Lo que le cabe al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución es apreciar (cuando llegue el caso, si llega y si lo que llega es plenamente acomodado al ordenamiento jurídico y también, por tanto, a lo dispuesto en aquel artículo 73, o en las normas sectoriales sobre medio ambiente, o sobre protección del Patrimonio Histórico, etc., etc.) si la nueva planificación u ordenación ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia y sí, por ello, por no exigirle ya la restauración de la legalidad, debe considerarse concurrente, o no, una causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en los términos o a través de las actuaciones que naturalmente se derivan de su fallo.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo estima el recurso, anula el auto impugnado y declara que no concurre causa de imposibilidad legal para la ejecución de la sentencia.

**Tribunal Supremo. Si la actividad de depósito y venta de áridos no está prohibida legalmente en el suelo no urbanizable y el uso es admitido en el planeamiento general aplicable, no cabe denegarla por motivos paisajísticos y medioambientales cuando no hay datos objetivos en el expediente que avalen la denegación por estos motivos**

**Órgano:** Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 7338/2005

**Fecha:** Sentencia de 12 de abril de 2010

**Ponente:** Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Ayuntamiento de Telde (Gran Canaria)

**Disposiciones analizadas:** Artículo 9 de la Ley 5/1987, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias

**Doctrina:** No es suficiente en vía jurisdiccional dar por buena la afirmación que se hace en una resolución administrativa acerca de la “inadecuación paisajística y ambiental” de la actividad pretendida, y señalar que frente a esa apreciación de la Administración nada prueba la parte actora, que se ha limitado a aportar un informe no ratificado en presencia judicial, donde el perito llega a unas conclusiones basadas en la cartografía geoambiental, que en modo alguno sirven para desvirtuar los informes en los que se basa la resolución impugnada. El Tribunal no puede limitarse a hacer suyos los informes que sirvieron de base a la decisión de la Administración, cuando estos informes que se invocan en la resolución administrativa, y en la propia sentencia, no ofrecen ningún dato sobre las características del terreno y de su entorno para respaldar esa afirmación sobre la incidencia paisajística, y, sobre todo, no se hace en ellos una valoración técnica de las circunstancias concurrentes ni de las razones que conducen a la conclusión a que se llega. Se limitan tales informes, lo mismo que la resolución administrativa y que la propia sentencia, a afirmar de manera apodíctica la afectación paisajística y medioambiental de la actividad pretendida, sin dar justificación alguna de esa afirmación



### Supuesto de hecho

El objeto del recurso de casación es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 15 de abril de 2005, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones administrativas que denegaron la autorización para un depósito y venta de áridos en el término municipal de Telde (Gran Canaria).

La sentencia recurrida concluye que la actividad para la que se había solicitado la autorización estaba contemplada en el artículo 9 de la Ley 5/1987, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias, y que se trataba de un uso admitido en el Plan general de ordenación urbana de Telde. La única razón que lleva a la sala de instancia a considerar ajustada a Derecho la denegación de la autorización, es la referida a la inadecuada localización de la actividad desde el punto de vista paisajístico y medioambiental.

Contra esa concreta apreciación de la Sala de instancia se dirigen los dos motivos de casación.

El Tribunal Supremo estima el recurso, revoca la sentencia y anula los actos administrativos recurridos.

### Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo afirma que la sentencia recurrida no está debidamente motivada, una vez la Sala de instancia solo aprecia un motivo para considerar ajustada a Derecho la denegación de la autorización; y lo expone en el fundamento quinto de la sentencia: la localización de la actividad era inadecuada desde el punto de vista paisajístico y medioambiental.

El Tribunal Supremo sostiene que la Sala de instancia no justifica en debida forma esta conclusión:

“(…) Sucede que la sentencia recurrida se limita a dar por buena la afirmación que se hace en la resolución administrativa impugnada acerca de la ‘inadecuación paisajística y ambiental’ de la actividad pretendida, señalando la Sala de instancia que frente a esa apreciación de la Administración ‘... nada prueba la parte actora, que se ha limitado a aportar un informe no ratificado a presencia judicial donde el perito llega a unas conclusiones basadas en la cartografía Geoambiental

que en modo alguno sirven para desvirtuar los informes en los que se basa la resolución impugnada’. En definitiva, aparte de descalificar de esa forma lacónica el informe pericial que había sido aportado por la parte actora, la sentencia se limita a hacer suyos los informes que sirvieron de base a la decisión de la Administración; pero sucede que estos informes que se invocan en la resolución administrativa, y en la propia sentencia, no ofrecen ningún dato sobre las características del terreno y de su entorno para respaldar esa afirmación sobre la incidencia paisajística, y, sobre todo, no se hace en ellos una valoración técnica de las circunstancias concurrentes ni de las razones que conducen a la conclusión a que se llega. Se limitan tales informes, lo mismo que la resolución administrativa y que la propia sentencia, a afirmar de manera apodictica la afectación paisajística y medioambiental de la actividad pretendida, sin dar justificación alguna de esa afirmación.”

Esa falta de motivación conlleva que la sentencia recurrida debe ser casada porque “(…) en ella no se motiva ni justifica la apreciación sobre la inadecuada localización de la actividad desde el punto de vista paisajístico y medioambiental.”

El Tribunal Supremo procede a resolver el debate en los términos en que viene planteado, y entiende que la resolución administrativa que denegó la autorización debe ser anulada.

Llega a esta conclusión “(…) partiendo de la base de que, como señaló la Sala de instancia interpretando disposiciones de procedencia autonómica, la actividad para la que se solicitó la autorización está contemplada en el artículo 9 de la Ley 5/1987 de 7 de abril sobre la Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias, y que, por otra parte, dicha actividad –depósito y venta de áridos– comporta un uso admitido en el Plan General de Ordenación Urbana de Telde aprobado el 16 de julio de 1986, que es el planeamiento urbanístico aplicable al caso por ser el vigente cuando se presentó la solicitud de autorización. Partiendo así de tales premisas, no puede considerarse justificada la denegación de la autorización por inadecuación paisajística o medioambiental, pues, como hemos explicado, no hay datos que avalen la denegación por este motivo.”

El Tribunal Supremo procede a estimar el recurso, revocar la sentencia y anular los actos administrativos recurridos.

**Tribunal Supremo. Una Ordenanza municipal, 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 esta para cuya reglamentación el municipio carece de atribuciones**

**Órgano:** Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 7599/2005

**Fecha:** Sentencia de 22 de febrero de 2010

**Ponente:** Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Ayuntamiento de l'Alfàs del Pi

**Disposiciones analizadas:** Artículos 4.1.a y 25.2 LBRL, y 40 y 49.1 de la LS 1976

**Doctrina:** Una Ordenanza municipal, 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 esta para cuya reglamentación el municipio carece de atribuciones. La Ordenanza 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.

Una Ordenanza municipal que altera en sentido claramente restrictivo la normativa del Plan general, debe tramitarse por el cauce procedimental previsto para la modificación del planeamiento

### Supuesto de hecho

El recurso de casación se formula contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de octubre de 2005, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de l'Alfàs del Pi de 27 de noviembre de 2003, que aprobó definitivamente la "Ordenanza municipal reguladora de las actividades en establecimientos de pública concurrencia en relación con los usos del suelo".

La Ordenanza municipal, como complemento del PGOU, regula las actividades comerciales, en relación a las distancias mínimas entre una determinada clase o categoría de establecimientos públicos.

El Tribunal Supremo estima el recurso y anula la Ordenanza.

### Fundamentos de Derecho

En el motivo segundo del recurso de casación, los recurrentes alegan la infracción del artículo 4.1.a LBRL, en relación con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la misma Ley y en los artículos 40 y 49.1 de la LS 1976. A partir de la afirmación de que los municipios han de ejercer sus potestades "en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas" (artículo 25.2 LBRL), los recurrentes aducen que la Ordenanza objeto de litigio viene a modificar las previsiones del planeamiento urbanístico, pero sin que tal modificación haya sido tramitada y aprobada siguiendo el procedimiento establecido al efecto, con infracción, por tanto, de lo dispuesto en el artículo 49.1 LS 1976, en cuya virtud las modificaciones de los planes urbanísticos han de sujetarse a las mismas disposiciones establecidas para su formulación.

La sentencia recurrida admite de forma expresa que la Ordenanza es una disposición urbanística de desarrollo cuya finalidad es la de "...realizar una especificación más detallada de los usos y actividades previstas en el Plan General para el casco urbano (SU 1), desarrollando el régimen establecido en las normas urbanísticas de aquél...", constituyendo, por tanto, lo que la propia sentencia denomina "...un mero desarrollo complementario por una Ordenanza de las previsiones generales urbanísticas y de actividad de un Plan General" (fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida).

En esta misma línea, la representación del Ayuntamiento de l'Alfàs del Pi alega que nos encontramos ante una Ordenanza de desarrollo urbanístico, si bien "...no se trata de una aprobación de un instrumento urbanístico sino de un desarrollo del mismo" (apartados III. Primero y III. Segundo del escrito de oposición al recurso).

La sentencia recurrida, que acepta que la Ordenanza es, en todo caso, una norma que afecta al régimen urbanístico, afirma que "(...) no contradice ni vulnera el PGOU vigente puesto que (...) se limita a realizar una especificación más detallada de los usos y actividades previstas en el Plan General para el casco urbano..."

El Tribunal Supremo, que no comparte la conclusión anterior, señala que la Ordenanza no es una mera especificación, sino que introduce una seria restricción que no viene prevista en el Plan general, en concreto: "(...) introduce la exigencia de que los establecimientos comerciales integrados en la clave C4 (supermercados y centros comerciales a partir de 300 m2 de sala de ventas) guarden entre sí una distancia mínima superior a 600 metros lineales, (*por ello*) es claro que dicha Ordenanza no es una mera especificación sino que introduce una seria restricción que no viene prevista en el Plan General." (La cursiva es nuestra.)

La conclusión para el Tribunal Supremo es que:

"(...) alterada en sentido claramente restrictivo, la normativa del Plan General, es obligado entender que dicha innovación no podía hacerse sino por el cauce procedimental previsto para la modificación del planeamiento (artículo 49.1 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y, en el mismo sentido, artículo 55.1 de la Ley Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística).

"A la anterior conclusión no se opone lo dispuesto en los preceptos de la legislación de régimen local relativos a la potestad reglamentaria de los municipios (artículos 4.1.a/ y 84.1.a/ LBRL), ni la norma que específicamente les atribuye competencias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2.d de la misma Ley de Bases), pues tales atribuciones han de ser ejercidas 'en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas' (artículo 25.2 LBRL), lo que obliga a respetar las normas de procedimiento y de competencia que sean de aplicación según el tipo de ordenación de que se trate."

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.