

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

Recurso de apelación SALA TSJ 307/2023 - Recurso de apelación contra sentencias nº 82/2023

Partes: ***** Y *****
C/ AJUNTAMENT DE MATARÓ

SENTENCIA Nº 3333/2023 - (Secció: 608/2023)

Ilmos. Sres. Magistrados:

**Don Jordi Palomer Bou
Don Javier Bonet Frigola
Doña Montserrat Figuera Lluch**

En la ciudad de Barcelona, a **16/10/2023**

VISTOS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCIÓN SEGUNDA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el rollo de apelación nº 82/2023, interpuesto por ***** y ***** representado por el Procu

***** y asistido de Letrado, contra AJUNTAMENT DE MATARÓ, representada por el Procurador de los Tribunales ***** y asistido por Letrada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Javier Bonet Frigola , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Contencioso Administrativo 15 Barcelona dictó en el Recurso ordinario nº 368/2017, la Sentencia nº 297/2022, de fecha 16 de noviembre de 2022, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.^a ***** y D. ***** contra el Decret de la Regidora Delegada d'Urbanisme, Medi Ambient, Sostenibilitat i Habitatge del Ajuntament de Mataró, de fecha 10 de julio de 2017, objeto de este procedimiento. SEGUNDO.- No imponer las costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, siendo parte apelante ***** Y ***** apelada AJUNTAMENT DE MATARÓ.

TERCERO.- Desarrollada la apelación se señaló día y hora para votación y fallo, que ha tenido lugar el día 04-10-2023.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por ***** y ***** se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2022, del Juzgado Contencioso Administrativo num. 15 de Barcelona, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquellos, contra el Decreto de 10 de julio de 2017, de la Regidora Delegada de Urbanismo, Medio Ambiente, Sostenibilidad y Vivienda del AJUNTAMENT DE MATARÓ, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto anterior de 15 de mayo de 2017, con el que se ordenó el cese de la actividad y la restitución de la legalidad urbanística vulnera a su estado anterior, por realizar actos de uso del suelo con actividades de centro educativo infantil y primaria consistentes en: “edificación en curso destinada a comedor al aire libre, y cierre del porche de la edificación destinada a aula”, en el ***** de Mataró.

SEGUNDO.- En el recurso presentado, ***** y ***** aducen como motivos de impugnación los siguientes:

1) Nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 LOPJ, por cuanto, habiéndose solicitado la acumulación del presente procedimiento al seguido ante el Juzgado Contencioso 17 de Barcelona, con el nº230/2017, y puesto ello e conocimiento del Juzgado Contencioso 15 mediante escrito de 26-10-2022. Tras no acordarse la suspensión del curso de los autos por Providencia de 16-11-22, y sin que el Juzgado 17 resolviera la solicitud, se dictó la Sentencia apelada.

2) Subsidiariamente a lo anterior, niega que las obras ejecutadas sean ilegalizables, pues se podrían legalizar bien con el Proyecto de Actuación Específica que fue inadmitido y que consta actualmente impugnado, bien mediante un nuevo Proyecto de Actuación Específica.

3) Niega también que la clasificación como suelo no urbanizable o la catalogación de la Masia, implique la imposibilidad de legalizar las obras. Recuerda que la obra consistente en “edificación destinada a comedor al aire libre”, es una mera pavimentación de parte de la finca (menos de un 20% de su superficie total), y no un volumen edificado. Y en cuanto al cerramiento del porche, afirma que se trataba de la instalación de un mero invernadero, del que posteriormente se retiraron los cierres

laterales convirtiéndose en un mero porche. Considera que debió haber mediado un requerimiento de legalización por parte del Ayuntamiento al no tratarse de obras manifiestamente ilegalizables, y recuerda el contenido del artículo 124 de las NNUU del POUM de Mataró, y el artículo 47.6 TRLUC.

4) Finalmente solicita la nulidad de la Sentencia dictada por incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre determinados defectos procedimentales.

Por su parte, el AJUNTAMENT DE MATARO, rechaza que exista un motivo de nulidad derivado de la solicitud de acumulación del presente procedimiento al seguido ante el Juzgado Contencioso 17 de Barcelona, con el nº230/2017. Rechaza que las obras puedan ser legalizables, tanto la pavimentación del firme, como el cierre del porche/invernadero, y recuerda que ambas se realizaron en suelo no urbanizable de especial protección. Por último, rechaza los defectos procedimentales aducidos por la parte apelante.

TERCERO.- En relación con la pretendida nulidad de actuaciones por haberse solicitado la acumulación del presente procedimiento al seguido ante el Juzgado Contencioso 17 de Barcelona, con el nº230/2017, y puesto ello en conocimiento del Juzgado Contencioso 15 mediante escrito de 26-10-2022, éste, tras no acordar la suspensión del curso de los autos por Providencia de 16-11-22, y sin que el Juzgado 17 resolviera la solicitud, dictó la Sentencia apelada, no puede ser apreciada por varios motivos.

En primer lugar, si bien es cierto que la Providencia que acuerda no suspender el curso de los autos ante la petición de acumulación solicitada al Juzgado 17, es de la misma fecha que la Sentencia, en dicha Providencia se recuerda que el pleito había sido declarado concluso para sentencia mediante Providencia ya firme, de 3 de octubre de 2022, y lo que es más significativo y evidencia que ninguna indefensión se le ha causado a la parte que ahora lamenta la falta de firmeza de la Providencia de 16 de noviembre de 2022 cuando se dictó la Sentencia apelada, no consta que interpusiera contra la misma recurso de reposición debidamente fundado en derecho, con lo que se trata de una pretensión de nulidad vacía de cualquier atisbo de infracción constitucional.

Y en segundo lugar, no puede pretender la apelante obtener una declaración de nulidad de una Sentencia en base a una solicitud de acumulación producida en un Juzgado distinto del que la dicta, silenciando que, como este Tribunal ha tenido ocasión de comprobar a través de la aplicación e-justicia.cat, el Juzgado 17 finalmente dictó Auto el 28-11-2022, denegando la acumulación, por cuanto se trataba de dos procedimientos de restauración de la legalidad urbanística distintos, derivados de actuaciones diferentes, por lo que no se cumplían las

condiciones del artículo 34, tal y como apreció la Magistrada. Y ello sin olvidar que la acumulación de procesos es una facultad del órgano jurisdiccional (el artículo 37.1 LJCA, especifica que el Juez “podrá” acordarla).

CUARTO.- En cuanto a si las obras realizadas en la finca ***** ** ** ***** *** ***
**** eran legalizables dado que se podrían legalizar bien con el Proyecto de Actuación Específica que fue inadmitido y que consta actualmente impugnado, bien mediante un nuevo Proyecto de Actuación Específica, es motivo de impugnación que tampoco puede prosperar.

Como bien dice la representación procesal del AJUNTAMENT DE MATARÓ, la posibilidad de legalizar unas obras ejecutadas sin licencia, no puede depender de un futuro como es un Proyecto de Actuación Específica no aprobado o que pueda presentarse en el futuro.

En el Juzgado de instancia, se impugnó un acto administrativo dictado el 15 de mayo de 2017, en relación a unas obras ejecutadas sin licencia y comprobadas por la Administración municipal en visita de inspección de fecha 23 de marzo de 2017. La vinculación de la actuación urbanística a la legalidad vigente en el momento en que se desarrolla es algo tan obvio, que el artículo 188.1 TRLUC, cuando se refiere a que las licencias urbanísticas deben otorgarse “de acuerdo con lo que establecen esta Ley, el planeamiento urbanístico y las ordenanzas municipales”, no concreta tal momento temporal, sin embargo, el carácter reglado de la concesión o denegación de las licencias, reconocido jurisprudencialmente, es buena muestra de ello.

QUINTO.- La sentencia apelada refleja que el suelo sobre el que se han realizado las obras tiene la clasificación de suelo no urbanizable, y además, añadimos, se califica como zona de desarrollo agrícola, clave 7 a-c.

El artículo 202 de las NNUU del POUM de Mataró, únicamente permite en suelo no urbanizable: “les construccions destinades a explotacions agricòles i/o forestals que estiguin en relació amb la naturalesa i el destí de la finca, així com les construccions i les instal·lacions vinculades a l’execució, el manteniment i el Servei de les obres públiques. Podrán també autoritzar-se edificacions i instal·lacions d’utilitat pública o interès social que no siguin incompatibles amb els usos previstos en els diferents tipus de sol no urbanitzable i sempre que compleixin les condicions específiques de la zona on es permet que s’emplacin i les determinacions de l’article 205 d’aquestes Normes”.

Por otra parte, deben tenerse en cuenta dos circunstancias no discutidas por la parte apelante ni en la instancia ni en esta alzada. La primera, que la masía Can Gual forma parte del catálogo de masías del municipio, y la segunda, que la superficie de la finca (1,03Ha), es inferior a la finca mínima edificable, con lo que no se permite construir edificación alguna.

Centrándonos en el caso planteado, recordemos que según la apelante, la obra consistente en “edificación destinada a comedor al aire libre”, es una mera pavimentación de parte de la finca (menos de un 20% de su superficie total), y no un volumen edificado. Y en cuanto al cerramiento del porche, afirma que se trataba de la instalación de un mero invernadero, del que posteriormente se retiraron los cierres laterales convirtiéndose en un porche. Considera que debió haber mediado un requerimiento de legalización por parte del Ayuntamiento al no tratarse de obras manifiestamente ilegalizables, y recuerda el contenido del artículo 124 de las NNUU del POUM de Mataró, y el artículo 47.6 TRLUC.

Pues bien, ni una ni otra defensa de la obra como legalizable puede ser aceptada.

En cuanto a la primera, en ausencia de una prueba pericial judicial, a la que la parte recurrente renunció (vid Providencia del Juzgado de 20 de abril de 2022), la testifical de la responsable de licencias y disciplina de actividades del AJUNTAMENT DE MATARÓ, ***** recordó que en la clave 7a de las NNUU del POUM de Mataró, no existe ningún parámetro de ocupación referido a la construcción de comedores al aire libre, y que el parámetro del 20% de ocupación, fue dejado sin efecto por Sentencia de la Sección 3ª de este Tribunal 913/2018, de 26-10-2018, que estimó el recurso interpuesto por la representación de "Assemblea Pagesa del Maresme" contra resolución del Conseller de Territori i Sostenibilitat, de 14 de julio de 2014, de aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación en relación con el suelo no urbanizable y de actualización del plano de clasificación del suelo de todo el municipio, de Mataró, según Texto refundido verificado por el Pleno municipal en fecha 3 de abril de 2014, declarando la nulidad de la disposición recurrida.

Al margen de ello, el DIRECTOR DE SERVEIS D'URBANISME del AJUNTAMENT DE MATARÓ, recordó ante el Juzgado que la construcción de un comedor al aire libre se había ubicado en una zona que la ficha del catálogo de masías, define como zona de protección de verde, con intervención de arbolado, en la totalidad de la finca, un espacio, por tanto, que era preciso proteger de cualquier tipo de construcción.

Elementos probatorios ambos, que se imponen a las manifestaciones del Arquitecto

director del Proyecto de Actuación Específica de Can Gual, *****
dado su evidente interés en la cuestión a dilucidar.

Y en cuanto al porche, es evidente que no es un invernadero, aunque pueda tener sus características (de hecho la apelante en el recurso habla de “instal.lació tipus hivernacle”), pues lo que define un invernadero es su propia finalidad. En relación con tal construcción, la misma declaración escrita de ***** soportada en fotografías anteriores a la construcción y con la construcción ya realizada, refiere que “L’edifici destinat a aula es el resultat de realitzar una construcció totalment nova, basant-se en una preexistència que era un antic magatzem agrícola obert amb coberta metàl·lica (...)el qual va ser totalment reformat i ampliat, canviant la coberta, ampliant la seva superfície, fent tancaments amb mur de parets i amb part de vidre i fusta creant una porta d’accès”.

Por tanto, de nuevo imposibilidad de legalizar las obras realizadas en las condiciones que tenían en el momento de la inspección.

SEXTO.- Por último, la apelante pretende la nulidad de la Sentencia dictada por incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre determinados defectos procedimentales, que menciona en su demanda, sin embargo, tal incongruencia omisiva no existe, pues la Sentencia dedica un párrafo en su fundamento de derecho segundo a recordar, con cita del artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que los defectos formales solo dan lugar a la anulación del acto cuando el mismo carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, afirmando que ello no fue alegado por la actora, y que, “conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, el resultado de indefensión material sólo tiene lugar cuando no se han podido alegar hechos o aportar documentos que son la base y causa jurídica de las normas aplicables, o dicho de otra manera, cuando “el administrado ha sido privado de la facultad de introducir en el expediente los elementos fácticos o jurídicos de la oposición que la Administración debía tener en cuenta antes de producir el acto definitivo” (STS de 3 de mayo de 1980 y STS de 24 de diciembre de 2001 –Secc 4ª, rec 1178/1996), lo que no ha sido acreditado que se haya producido en el caso que nos ocupa”.

Ello supone una desestimación global de los defectos procedimentales alegados, lo que según el Tribunal Constitucional, es perfectamente constitucional y respetuoso con el derecho a una tutela judicial efectiva, valiendo por todas la STC de 9 de febrero de 2009, cuando

recuerda que no existe incongruencia omisiva:

“siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.”.

Por tanto, no existiendo tampoco el vicio procesal alegado por el apelante, el motivo debe ser desestimado, y con él, el recurso de apelación.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 LJCA, procede imponer las mismas a la parte recurrente, si bien teniendo en cuenta las características del presente pleito, en uso de la facultad que a este Tribunal otorga el apartado 4 del mismo precepto, procede limitar las mismas a la cantidad de 2.000€ por todos los conceptos.

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

FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por, *****
i *****
contra la Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2022, del Juzgado Contencioso Administrativo num. 15 de Barcelona.

2º.- IMPONER a la parte recurrente, las costas del presente recurso de apelación, si bien limitadas a la cantidad total de 2.000€ por todos los conceptos.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la que remite el art. 236 bis de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, hago saber a las partes que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina judicial, donde se conservarán con carácter confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada y bajo la salvaguarda y la responsabilidad de la misma y en donde serán tratados con la máxima diligencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al presente procedimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ponel Ilmo. Sr. Magistrado Don Javier Bonet Frigola , estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.