TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

ELISABETH HERNANDEZ
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
NOTIFICADO
- 6 JUN. 2017

Recurso ordinario número 301/2012
Partes: "COCU, SL", Dª. María Inmaculada y Dª. Rosa María Massot Casadevall contra la Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Palau-Saverdera y la Comunidad de Propietarios "Sun Village"

M. Ref. 7910-1602

ILUSTRE COLLEGI PROCURADORS DE BARCELONA
NOTIFICACIÓ
2 -05- 17 / - 6 -06- 17
Article 151.2 L.E.C. 1/2000

ILUSTRE COLLEGI PROCURADORS DE BARCELONA
RECEPCIÓ NOTIFICACIÓ
2 -05- 17 / - 6 -06- 17
Article 151.2 L.E.C. 1/2000

SENTENCIA Nº 277

Ilmos. Sres. Magistrados
Manuel Táboas Bentanachs
Francisco López Vázquez
Eduardo Rodríguez Laplaza

En la ciudad de Barcelona, a diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey, el recurso contencioso administrativo seguido ante la misma con el número de referencia, promovido a instancia de "COCU, SL", Dª. María Inmaculada y Dª. Rosa María Massot Casadevall, representadas por el procurador de los tribunales Sr. Montero Brusell y defendidas por el letrado Sr, Olilva i Sala, contra la Generalitat de Catalunya, representada y defendida por su

letrado, siendo partes codemandadas el Ayuntamiento de Palau Saverdera, representado por la procuradora de los tribunales Sra. Hernández Vilagrasa y defendido por letrado, y la Comunidad de Propietarios "Sun Village", representada por el procurador Sr. Ramentol Noria y defendida por el letrado Sr. Muñoz Cameo, en relación con disposiciones generales en materia de planeamiento urbanístico, siendo la cuantía del recurso indeterminada, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación procesal de la parte actora se interpuso el presente recurso contencioso administrativo y, una vez recibido el expediente administrativo, le fue entregado para que dedujese escrito de demanda, donde, tras consignar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, solicitó se dictase sentencia estimatoria de las pretensiones en ella deducidas.

SEGUNDO. Conferido traslado a las partes demandadas, contestaron la demanda, consignando los hechos y fundamentos de derecho que entendieron aplicables, solicitando la desestimación de las pretensiones de la parte actora.

TERCERO. Recibidos los autos a prueba, fueron practicadas las consideradas pertinentes de entre las propuestas, con el resultado que es de ver en autos, continuando el proceso sus trámites, hasta finalizar con el de conclusiones, donde las partes presentaron sucintas alegaciones en defensa de sus pretensiones respectivas, quedando el pleito concluso para sentencia y señalándose finalmente la votación y fallo para el día 3 de mayo de 2.017.

CUARTO. Se han seguido en la tramitación de este proceso las prescripciones legales, salvo las referidas a los plazos, ante la importante carga de trabajo que pende ante esta Sección. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. López Vázquez, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Tiene este recurso contencioso administrativo por objeto la impugnación del acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Girona de 19 de julio de 2.012 dando su conformidad al texto refundido del Plan de Ordenación Urbanística Municipal de Palau Saverdera, promovido y tramitado por el Ayuntamiento, en cumplimiento del anterior acuerdo de aprobación definitiva con prescripciones de 2 de febrero de 2.012 (DOGC. 16-10-12).

Se interesa en la demanda, con carácter principal, su declaración de nulidad de pleno derecho en su integridad o, subsidiariamente, sólo en lo afectante a la nueva ordenación urbanística del edificio "SUN VILLAGE", con imposición de costas en ambos casos a las demandadas.

SEGUNDO. Para rechazar la causa de inadmisibilidad propuesta por la codemandada privada por falta de interés legítimo y abuso de derecho, baste con recordar la acción pública que a cualquier ciudadano otorga el artículo 12 de la Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, aprobando el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña para exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso administrativa el cumplimiento de la legislación y del planeamiento urbanísticos.

TERCERO. Como antecedente necesario de este recurso cabe recordar que la sentencia firme de esta misma Sala y Sección número 758, de 15 de septiembre de 2.006 (recurso Ordinario nº 644/2002), declaró a instancia de un tercero la nulidad del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palau Saverdera de 13 de septiembre de 2.001 por el que se concedió a la sociedad "URPASA" licencia de obras para la construcción de 38 viviendas y aparcamientos en la urbanización de su mismo nombre, calle Holanda, sin número, por ser tal licencia contraria al planeamiento por entonces de aplicación, al haberse concedido para un uso no permitido en el suelo en cuestión, además de por su incorrecta concesión condicionada. En consecuencia, ordenó tal sentencia, que figura incorporada a las actuaciones junto con el escrito de demanda, el derribo de lo construido al amparo de esa licencia anulada, tras considerar en su fundamento jurídico cuarto que bajo el Plan Parcial de 1.983 los terrenos afectos a tal licencia eran zona de equipamiento social y comercial y, con la revisión de 1.999, se permitió construir en ellos un equipamiento hotelero para uso hotelero, comercial y residencial. De forma que el uso de vivienda, entendido como alojamiento o residencia familiar, no estaba permitido, al tratarse de un uso perfectamente diferenciado del de equipamiento hotelero; y si dentro de este se establecieron subzonas o subclases de usos (hotelero, comercial y residencial) debía entenderse que eran usos relacionados, referentes y concernientes a la genérica clase "hotelero" que los abarcaba, por más que se hubiese adoptado el término poco afortunado de "residencial", que no podía referirse a residencia familiar, habida cuenta de la historia del sector (siempre calificado de equipamiento) y del hecho de que el uso para residencia familiar en la revisión de las normas subsidiarias recibía la denominación o designación de "uso de vivienda".

Sostiene la aquí actora que el plan que impugna infringe el artículo 103.4 de la ley jurisdiccional, incidiendo en desviación de poder, en cuanto trata de eludir el debido cumplimiento de aquella sentencia, a cuyo fin se ha aprobado el nuevo

plan, inconsistente e irracional, tratando el Ayuntamiento de evitar su responsabilidad patrimonial, careciendo de motivación objetiva alguna. Añade que el plan no responde a las necesidades de crecimiento real del municipio, previendo unas actuaciones desorbitadas y sin financiación garantizada, no motivándose su necesidad urbanística y siendo económicamente insostenible.

Las demandadas, por su parte, niegan la concurrencia de las circunstancias del 103.4, entendiendo que el plan, perfectamente sostenible, contiene además una motivación suficiente, siendo su finalidad no la de eludir la ejecución de aquella sentencia, sino la de abordar el análisis global de las necesidades urbanísticas del municipio, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación definitiva de las anteriores normas subsidiarias de 1.999 y la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, aprobando el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, así como del Plan Territorial Parcial de les Comarques Gironines, del Plan Director Urbanístico del suelo no urbanizado de la serra de Rodes y del Plan de Espacios de Interés Natural dels Aiguamolls d'Empordà.

CUARTO. Conteniendo el planeamiento de autos la correspondiente agenda y evaluación económica y financiera y no pudiendo desprenderse de las genéricas afirmaciones contenidas en el informe de parte presentado por la actora (a falta de una prueba pericial contradictoria no propuesta en autos) ni su inviabilidad económica ni el resto de genéricos defectos que se le atribuyen, con reiteración viene declarando esta Sala (por todas sentencias 465, de 30-7-14, recurso 438/2007, y 724, de 7-10-15, recurso 166/2012), reiterando lo dicho por el tribunal Supremo (por todas STS. 10-12-13, recurso 517/2010), que cuando mediante el ejercicio del *ius variandi* se pudiera incidir en procesos contencioso administrativos sobre la materia, incluso a título de mera litispendencia, y mucho más todavía cuando se trate de afectar a sentencias firmes contencioso administrativas, con lo que ello representa en sede de cosa juzgada, es necesario que aquel ejercicio se vea acomodado a una motivación reforzada, en el sentido, de un lado fácticamente, de que no le pase desapercibido al planificador, ni a nadie en sus trámites, ni siquiera a quien concurriese a colaborar en la participación ciudadana, la real entidad y naturaleza de los pronunciamientos jurisdiccionales contencioso administrativos recaídos para el adecuado ajuste de lo que finalmente se decida y ordene en relación con la innegable trascendencia de tales pronunciamientos; y, de otro lado, para explicitar debidamente y objetivar la ordenación a conseguir, en adecuada interrelación y acomodación tanto a los nuevos regímenes legales y reglamentarios que en su caso pudieran concurrir, como en su caso a las nuevas necesidades urbanísticas que pudieran evidenciarse y, desde luego, a la relevancia y mantenimiento de lo resuelto jurisdiccionalmente.

Ello siempre a salvo las excepciones que, pudiendo abocar en perjuicio de lo jurisdiccionalmente resuelto, sólo pueden considerarse con la necesaria cautela,

requiriendo en cualquier caso de su debida y pormenorizada justificación puntual y específica, ya incluso al mismo momento de la tramitación de la nueva figura de planeamiento de que se trate, de tal manera que, cuando se vayan alcanzando los sucesivos actos de aprobación, se deben revelar, mostrar y manifestar las razones tanto fácticas como jurídicas que, en su caso, conduzcan a la inviabilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales contencioso administrativos anteriores que correspondan.

QUINTO. Pues bien, en el presente caso se observa que la Memoria del plan impugnado hace referencia en su apartado 8.1 a nuestra sentencia de 15 de septiembre de 2.006, partiendo de cuyas premisas se afirma que, en un primer estadio, se trata de adaptar el plan municipal a las previsiones contempladas en el territorial, cuando señala como criterio esencial la concentración del techo edificable frente al de crecimiento urbano en extensión. Otro de los objetivos del plan de ordenación urbanística municipal es el de la búsqueda del suelo idóneo y calificado con uso hotelero y con bastante entidad que permita la implantación y viabilidad de una estructura hotelera de calidad en el municipio. En cuanto al emplazamiento en el que se ubica el "Sun Village" –se dice- el suelo con uso residencial o vivienda se ha mostrado como el más adecuado e idóneo. Los bloques de edificios plurifamiliares se adaptan con el modelo de pueblo que determina la aplicación del planeamiento territorial del Plan Director urbanístico de la serra de Rodes. Y dado que la edificación ejecutada donde se ubica el "Sun Village" cumple con los criterios de ese plan director, el plan de ordenación urbanística municipal prevé la ejecución de dos bloques plurifamiliares con uso residencial, en las zonas próximas, que completarán este carácter urbano, evitando la construcción en dispersión. Podemos decir y afirmar –continúa la Memoria- que la clave otorgada no supone unas condiciones de edificabilidad, ocupación y alturas diferenciales respecto del resto del entorno calificado de bloques residenciales aislados, clave 6. Esta opción, pues, se ve como la más idónea, dado el evidente interés público en conseguir un modelo de pueblo que concentra la edificabilidad de la tipología plurifamiliar en esta zona, de acuerdo con los criterios del plan territorial (el Plan Territorial Parcial de les Comarques Gironines asume el Plan Director urbanístico de la serra de Rodes) y que, en función de este interés público, permite mantener la edificación del Sun Village y los usos existentes en la actualidad. En esta zona existen las zonas de equipamientos municipales más importantes del municipio, que están diseñadas para la utilización de los habitantes residentes. Por tanto –concluye la Memoria en su parte necesaria-, se justifica también desde el interés público y organización de los sistemas de equipamientos, que la zona más próxima a la de equipamientos municipales se califique como zona de viviendas plurifamiliares y, por tanto, las zonas hoteleras se sitúen en lugares del municipio de más baja densidad, en el sentido de que los usuarios de estos establecimientos (ocupación temporal) no lo son de los

equipamientos, sino que su estancia en Palau Saverdera tiene una finalidad exclusivamente turística de conocimiento del territorio y, por tanto, que durante la jornada se desplacen a otros municipios o visiten los espacios naturales que lo rodean (Cap de Creus y Aiguamolls).

SEXTO. De las anteriores consideraciones se desprende con claridad la voluntad del planificador de legalizar aquellas viviendas ("Sun Village") cuya demolición venía ordenada por la sentencia firme de esta Sala antes citada, sin explicar en absoluto la razón por la cual el planeamiento anterior prohibía las construcciones de que se trata, según se declaró en la sentencia precedente, y el nuevo las ha legalizado sin más, o las razones por las que hayan de mantenerse en el mismo lugar o sea improcedente su ubicación en otro. Todo ello bajo pretexto de adaptar el plan impugnado a las genéricas previsiones de un planeamiento territorial, a cuyo efecto se emplean en su Memoria, como se ha visto, argumentos meramente retóricos, difusos e indeterminados (implantación de una estructura hotelera de calidad en el municipio, mayor adecuación e idoneidad en el emplazamiento del suelo con uso residencial o vivienda, adaptación al modelo de pueblo que determina el planeamiento director urbanístico, interés público en conseguir un modelo de pueblo que concentre la edificabilidad de la tipología plurifamiliar en esta zona, etc.).

Exige el artículo 103.4 de la ley jurisdiccional para la nulidad de los actos contrarios a una sentencia firme un requisito de carácter objetivo (que los actos o disposiciones administrativos resulten contrarios a los pronunciamientos de la sentencia), y otro de carácter subjetivo (que se hayan dictado con la finalidad de eludir su cumplimiento). Mientras que el requisito objetivo es de sencilla acreditación, no ocurre lo mismo con el subjetivo, por lo que la jurisprudencia ha llegado a declarar en alguna ocasión que este se desprenderá, a modo de presunción *iuris tantum,* del requisito objetivo, con lo que la prueba de este haría nacer tal presunción de la existencia de aquel, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, de manera que sería la administración la que debería acreditar que no realizó la actuación con aquella finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. Acreditación inexistente en el caso de autos.

Ello no obstante, con posterioridad ha declarado que lo que debe probar la administración es que actuó con una finalidad diferente de la de eludir el cumplimiento de la sentencia, es decir, que lo hizo movida por el deseo de atender razonablemente el interés público urbanístico. Prueba que tampoco se desprende del mero contenido de la Memoria del plan antes transcrito, más cuando, recaída aquella sentencia anulatoria de la licencia el día 15 de septiembre de 2.006, la aprobación inicial del plan aquí impugnado se produjo en breve espacio de tiempo, el día 15 de mayo de 2.007, momento en el que, además, todavía no habían entrado en vigor y eran por tanto jurídicamente inexistentes buena parte de las disposiciones a las que, según su Memoria, se pretende adaptar el nuevo plan,

verbigracia el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, aprobando el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, o el mismo Plan Territorial Parcial de les Comarques Gironines, definitivamente aprobado el 14 de septiembre de 2.010. Lo que permite concluir que el hecho nuevo determinante de la legalización de las viviendas cuya demolición se ordenó no lo es la necesidad de adaptación del plan a la normativa que se indica en su Memoria (pues su modificación pudo, en todo caso, haberse hecho con anterioridad), sino que lo es precisamente la sentencia de esta Sala que anuló aquella licencia de edificación, cuya ejecución se trata con toda obviedad de impedir.

La presencia de este elemento subjetivo, consistente en la voluntad e intención de eludir el cumplimiento de una sentencia firme, que en consecuencia procede apreciar en el caso, permite equiparar esta situación a la de la desviación de poder que consiste, según el artículo 70.2 de la ley jurisdiccional, en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Pero mientras el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, contempla con carácter general la desviación de poder como un motivo de mera anulación del acto, el 103.5 de nuestra ley jurisdiccional atribuye la sanción de nulidad de pleno derecho a esta modalidad de desviación de poder consistente en dictar un acto o disposición administrativos contrarios a la sentencia firme a ejecutar y con el designio de eludir su debido cumplimiento.

SÉPTIMO. Visto el artículo 139.1 de la ley jurisdiccional y pese a la estimación meramente parcial de las pretensiones de la actora, procede imponer costas a las demandadas, hasta el límite que se dirá y atendida la nulidad de pleno derecho que se resuelve, al no presentar tal cuestión particular, sustancial en el contenido de la demanda, graves dudas de hecho y de derecho.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación y resolviendo dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos fundamentadores del recurso y de la oposición,

FALLAMOS

1) **RECHAZAMOS** la causa de inadmisibilidad propuesta,

2) **ESTIMAMOS EN PARTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto en nombre y representación de "COCU, SL", Dª. María Inmaculada y Dª. Rosa María Massot Casadevall contra el acuerdo de la Comisión Territorial de

Urbanismo de Girona de 19 de julio de 2.012 dando su conformidad al texto refundido del Plan de Ordenación Urbanística Municipal de Palau Saverdera, promovido y tramitado por el Ayuntamiento, acuerdo e instrumento de planeamiento que declaramos **NULOS DE PLENO DERECHO**, en lo referido a la regulación urbanística del suelo en que se ubica "Sun Village", por falta de motivación y por perseguir la finalidad de impedir el cumplimiento de una sentencia firme.

3) **ORDENAMOS** al Ayuntamiento de Palau-Saverdera que, en el plazo de los dos meses siguientes al de la firmeza de esta sentencia, proceda a otorgar a los terrenos donde radica el indicado complejo edificatorio la nueva clasificación y calificación urbanísticas que correspondan y que sean respetuosas con las declaraciones contenidas en la sentencia firme de esta Sala y Sección número 758, de 15 de septiembre de 2.006, elevando posteriormente su propuesta a la Comisión de Urbanismo para que esta ejercite sus competencias propias en la materia en un nuevo plazo de dos meses, siempre respectando lo dicho en tal sentencia.

4) **DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto en lo demás.

5) **IMPONEMOS** a las dos administraciones demandadas el pago por mitad de las costas procesales ocasionadas a la parte actora, hasta el límite máximo de 2.000 euros (dos mil euros) en concepto de honorarios de letrado, más el IVA que corresponda.

Firme que sea esta sentencia, procédase a la publicación de su parte dispositiva, por parte de las administraciones demandadas, en los mismos periódicos oficiales donde en su momento fue publicada la resolución anulada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que no es firme, pudiendo interponer frente a ella (sin que puedan simultanearse ambos recursos, en los términos establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª Sección 1ª y de Pleno, de 30 de noviembre de 2.007), bien **recurso de casación ante la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo**, siempre que pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado y que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por esta Sala sentenciadora, bien **recurso de casación ante la Sección de esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia** a que se refiere el segundo inciso del artículo 86.3 de la ley jurisdiccional, cuando se fundase en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma. En cualquiera de

ambos casos el recurso deberá prepararse ante esta misma Sala y Sección sentenciadora en el plazo de los 30 días siguientes al de la notificación de esta resolución, con el cumplimiento, en sus casos, de los requisitos enumerados en los artículos 86, 87 y siguientes, debiendo tenerse presente el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 19 de mayo de 2016, por el que se publica el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación (B.O.E. nº 162, de 6 de julio de 2.016).

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fiven 30 días: 28/julio/27.

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