

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Recurso de apelación SALA TSJ 2148/2022 - Recurso de apelación contra sentencias 505/2022 FASE: LO

NIG: 08019 - 33 - 3 - 2022 - 0003041

Parte apelante:

Representante de la parte apelante: MONTSERRAT MONTAL GIBERT

Parte apelada: AJUNTAMENT DE GIRONA Y GENERALITAT DE CATALUNYA

Representante de la parte apelada: IGNACIO DE ANZIZU PIGEM y LETRADO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

SENTENCIA N°3959 /2023

ILMOS.SRES.:

Presidenta:

Dª María Luisa Perez Borrat

Magistrados:

Dª Mª Fernanda Navarro de Zuloaga

Dª Asunción Loranca Ruilopez

En la ciudad de Barcelona, a 5 de diciembre de 2023

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA), ha pronunciado la siguiente **SENTENCIA** en el recurso de apelación nº 505/2022, interpuesto por D.

, representado por la Procuradora Doña.Esther Sirvent Carbonell, siendo partes apeladas **AYUNTAMIENTO DE GIRONA**, asistido por la Letrada Dª Esther Poblet Icart y la **GENERALITAT DE CATALUNYA** asistido por el Letrado de la Generalitat de Catalunya.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña. Maria Fernanda Navarro de Zuloaga, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 8/2019 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Girona se dictó sentencia con fecha 26/4/2022.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia interpuso recurso de apelación la representación de la parte actora, que fue admitido a trámite, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en plazo legal.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada ni la celebración de vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso de apelación la sentencia de 26 de abril de 2022 que desestima íntegramente el recurso presentado contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Girona que desestima el recurso interpuesto contra el Acuerdo de 21 de mayo de 2018 que declara la nulidad de la comparecencia formalizada entre los Sres. y Sra. con el Ayuntamiento de Girona el 9 de noviembre de 2001 e indirectamente contra el Plan Parcial L'Alzinar Vell de Pabordia , contra el Plan Parcial de las Comarcas Gerundeses y contra el Plan Director Urbanístico del Sistema Urbano de Girona.

SEGUNDO.- Conviene recordar, que:

a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una sentencia a su favor.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

c) Por otro lado el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo, la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo si quiera de la prueba documental. En este caso el tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, entendiendo por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo.

TERCERO.- Previamente, haremos breve referencia a la sentencia de instancia.

a. En primer lugar, hace un planteamiento general de la cuestión en líneas generales. Afirma que nos hallamos ante un Convenio Urbanístico y no de Gestión. Nos remitimos a estos efectos a la sentencia a efectos de evitar su reproducción.

b. Afirma que concurren las dos causas de revisión del acto: artículo 47 apartado c), partiendo de que las fincas que debía ceder el Ayuntamiento no eran de propiedad ni titularidad del Ayuntamiento (excepto una) ya que pertenecían a la mercantil Yerroc SL, concluyendo que el convenio tenía un contenido

imposible, y artículo 47 apartado e), en tanto que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la permuta.

c. Desestima el recurso.

CUARTO.- La parte actora alega en apoyo de su pretensión, después de referir los antecedentes previos, que siguiendo la propia tesis mantenida en la sentencia, que afirma que nos hallamos ante un convenio urbanístico, resulta consecuencia obligada concluir que la competencia no es de los órganos unipersonales sino de la Sala Contenciosa del TSJC en aplicación de lo dispuesto en los artículos 8.1 y 10.1.a de la LJ. Cita diversas sentencias en apoyo de su pretensión. Añade en forma subsidiaria que en relación a las causas de nulidad no estamos ante una imposibilidad material sino ante una ilegalidad, y no de nulidad, siendo la actuación del Ayuntamiento de mala fé. Añade que la sentencia no se pronuncia sobre la impugnación indirecta de las normas urbanísticas recurridas indirectamente.

Por su parte, el Ayuntamiento de Girona se opone en los términos del escrito de oposición que damos aquí por reproducido.

QUINTO.- Importa destacar en primer lugar el contenido del Acuerdo de 9 de noviembre de 2001 entre los Sres _____ y _____ con el Alcalde del Ayuntamiento de Girona, con arreglo al cual:

“Primer.- Que el Sr. _____ compareix com a propietari de la finca que es descriurà a continuació, i la Sra. _____ como a usufructuària :

“Rústica.-Peça de terra, en part de conreu, part de vinya, part de bosc d'arbres surers amb alzines, matolls i, part erma, situada en el terme de Palu Sacosta, avui Girona, que havia format part de l'heretat “Manso Palahí”; de superfície, (...).

Segon.-La propietat es reserva el dret de comprovar la superfície real de la finca en el termini de set dies mitjançant aixecament topogràfic.

Tercer.- Que el Sr. _____, i la Sra. _____, cedeixen a l'ajuntament de Girona; la finca descrita en l'apartat primer del present document, amb destí a bosc i zona verda.

Quart.- Que, en compensació a la cessió esmentada, l'Ajuntament de Girona cèdria als compareixents les següents superfícies :

- a) Superfície de 5.914 m² situada al finca del carrer Osca
- b) Superfície de 5.814 m², amb front al camí vell de Fornells
- c) Superfície de 5.100 m², amb front al carrer de Can Prunell

Totes elles assenyalades en el plànol que s'adjunta com annex al present document. Quines superfícies quedarien corregides proporcionalment, en mes o en menys, a resultes de la superfície definitiva de la manifestació segona.

Les esmentades finques seran susceptibles d'edificació, (qualificació, 2.3.a i 2.3.b respectivament) i es lliuraran als compareixents, totalment urbanitzades per part de l'Ajuntament. L'execució de les obres d'urbanització s'executaran en el termini màxim de dos anys.

Cinquè.- Els anteriors compromisos, que reflectirà el Pla General, adquiriran plenitud de vigència en el moment en què resulti executiva la revisió en tràmit, és a dir a partir de la publicació corresponent al D.O.G, per part de la Generalitat de Catalunya, que és l'Administració que l'aprovarà.

En el supòsit de que en la Revisió del Pla General aprovat definitivament per la comissió d'Urbanisme de Girona, no es recollissin les qualificacions de sol del plànol annex, el present conveni quedarà resolt i sense eficàcia.

Sisè.- que una vegada aprovada definitivament la Revisió del Pla General de Girona, s'eleva a escriptura pública a favor del Sr. _____ les finques descrites en la manifestació quarta, en el termini de tres mesos a comptar de l'executivitat de dita aprovació (publicación en el D.O.G.C).

Setè.- Que l'esmentada compensació de la manifestació quarta es practicarà a través d'un procés d'equidistribució que recollirà les compensacions urbanístiques de forma discontinua.

Vuitè.- Per mentre l'Ajuntament no en faci us dels terrenys cedits, destinats a bosc i

*zona verda, el Sr. podrà continuar llaurant els camps i conreuan els horts
actualment existents.*

*l, en prova de conformitat es signa el present document, en el lloc i data assenyalats
a l'encapçalament."*

SEXTO.- De todo lo expuesto cabe destacar:

1. En primer lugar, su carácter claro de permuta. El contenido de las cláusulas tercera y cuarta del convenio no dejan margen de duda. Los Sres y se comprometen a ceder una finca a cambio de la cesión de tres fincas concretas por parte del Ayuntamiento de Girona.
2. La cuestión relativa a que dos de estas tres fincas no pertenecían en el momento de la firma al Ayuntamiento de Girona tampoco es cuestionable dado que ambas partes muestran su conformidad en este extremo.
3. Su calificación, pues aún cuando la sentencia afirme el carácter de convenio urbanístico y así se afirme también y previamente por la propia Administración en el expediente administrativo (informe jurídico obrante al folio 5 y siguientes del expediente, emitido por el Secretario de la Corporación Municipal) y se mantenga también por la actora, es claro que su contenido no se refiere a una modificación del planeamiento en aras del ius variandi que le corresponde a la Administración. Ninguna determinación en este extremo se acuerda que implique una modificación directa o indirecta de las normas del planeamiento.

SÉPTIMO.- Expuesto todo lo anterior, cabe CONCLUIR :

- A. SOBRE LA COMPETENCIA:** la calificación que hacen las partes, y la sentencia de instancia como convenio urbanístico, no modifica la competencia del juzgado para su conocimiento dado que el convenio de permuta no

pretende incidir en ningún modo en el planeamiento ni en su revisión dado que su objeto no es modificar el planeamiento vigente ni pretende con su firma incidir en la revisión del mismo que está en curso. En consecuencia, resulta indiscutible la competencia del juzgado a tenor del artículo 8.1 de la Lj, que solo excluye de su competencia a las "impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico", carácter que claramente no tiene el convenio. Procede por ello la desestimación de la primera de las argumentaciones formuladas por la parte actora.

B. En relación a la CUESTIÓN DE FONDO, planteada como primera subsidiaria: de las argumentaciones formuladas con carácter subsidiario procede tratar ahora de la expuesta en relación al artículo 47 apartado e) cuando refiere que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho a "Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)", causa de nulidad que procede analizar a continuación. Y así cabe destacar que:

1. En primer lugar, la sentencia ya destaca que el significado relativo a que la subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes Locales va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones Públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la CE, pues a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y al mismo tiempo se amplía el abanico de las posibles opciones del ente local en defensa del interés público que motiva la enajenación de sus bienes.

Por ello, frente a este sistema general de subasta, la permuta, que constituye la excepción, debe venir precedida de un procedimiento que se concreta en la valoración de la necesidad de la adquisición de determinados bienes y al tiempo que esa adquisición debe realizarse mediante la permuta con bienes municipales, a la vista del interés público. En este caso, afirma la sentencia y ello no ha sido desvirtuado, que no consta seguido el procedimiento que permite acudir a la permuta.

2. Así, el dictamen de la Comissió Jurídica Assesora obrante en el expediente señala que "(...) la falta, en el procedimiento administrativo sobre el que se dictamina, de un expediente que acredite la necesidad o conveniencia de la permuta no constituye una simple irregularidad –unos defectos formales que se puedan corregir-, sino un vicio sustancial del procedimiento de permuta. Porque precisamente es este el elemento que garantiza y que ha de permitir justificar idóneamente porqué se sigue el procedimiento de permuta frente al procedimiento ordinario previsto en el ordenamiento jurídico. Y este aspecto se puede entender que afecta la esencia de la validez de la permuta”.
3. A ello cabe añadir que esta Sala ya dictó sentencia a fecha de 30 de octubre de 2002 (Sección Segunda) en autos 1710/97 que trató esta cuestión relativa a la permuta y su carácter excepcional, y por tanto sometido a la necesaria justificación previa , al decir que :

“(....) TERCERO Y al respecto cabe precisar que el Decreto 336/88, de 17 de octubre, impone una sèrie de limitaciones y requisitos en la enajenación de bienes patrimoniales a los entes locales siendo destacable la regla general establecida en el artículo 42 cuando dice que la enajenación de bienes patrimoniales se debe hacer por subasta pública, de acuerdo con la normativa reguladora de la contratación de los entès locales, excepto que se trate de una permuta.

Y si bien es cierto que la permuta puede recaer sobre cosa futura, un supuesto del cual puede verse en el denominado de aportación de solar, mediante el cual una parte, dueña de un solar, lo transmite a un promotor o contractista para levantar una edificación a cambio de pisos o locales de la futura construcción, aquí se planteó, a la vista de la comunicación recibida del Departament de Governació, el respeto de los principios de publicidad y libre concurrència en la operación proyectada.

Tales principios, como hemos visto, no necesitan concurrir en la permuta y sí en cualquier otra enajenación de bienes patrimoniales de los entes locales.

Pero lo que aquí se plantea es si tal permuta ha de permitir excepcionar la

regla general contenida en el artículo 42 en cuanto :

1. La publicidad y libre concurrencia ha de ser la regla general en la enajenación de bienes patrimoniales propios de la Administración local. Ello trae consigo la necesidad de interpretar en sus justos términos cualquier excepción a la regla general.

2. La excepción que permite el supuesto de permuta requiere acreditar la necesidad o la conveniencia de efectuarla. Y tal necesidad o conveniencia, en el supuesto de cosa futura que pueda ser realizada por un conjunto indeterminado de sujetos, ha de entenderse a la necesidad de que sea un determinado promotor o contratista, para no soslayar por esta vía aquellos principios que han de regir la enajenación de tales bienes.

3. Dicha justificación no ha sido siquiera argumentada por lo que ha de entenderse que no concurre en el supuesto aquí enjuiciado."

Concurriendo la citada causa de nulidad del artículo 47.e) no es preciso entrar en la causa de nulidad del artículo 47.1.c, debiendo pues confirmarse la resolución que procede a la revisión del convenio.

C. Sobre la última de las alegaciones impugnatorias cabe destacar que como señala la sentencia de instancia no le es dable a la parte actora que con la excusa del recurso indirecto ataque aspectos que no tienen relación directa o inmediata con la nulidad del convenio pretendiendo una declaración de desconformidad con el ordenamiento jurídico desligada del acto de aplicación.

Tanto es así que las propias fechas del planeamiento cuya impugnación se pretende al hilo del convenio llevan fechas posteriores al mismo (2002, y 2010).

Resta añadir en relación a las consideraciones de la parte recurrente sobre la mala fe del Ayuntamiento que en todo caso la impugnación de las citadas disposiciones no se hallaba condicionada en ningún caso por el citado convenio, de tal manera que no cabe admitir que no fueron impugnadas por virtud del mismo dado que de su lectura se desprende

que el convenio no venía a limitar la impugnación de ningún instrumento urbanístico posterior.

Procede pues la desestimación del presente recurso de apelación.

OCTAVO.- De conformidad con la LRJCA artículo 139 no-ha lugar a hacer especial pronunciamiento en costas dado que las cuestiones formuladas en relación a la aplicación del convenio han requerido de la precisión de esta Sala en los términos señalados .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso.
2. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia, que no es firme. Contra la misma se puede interponer, 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. El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el artículo 89.1.

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.

Llévese testimonio a los autos principales.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. Dada, leida y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, estando la Sala celebrando audiencia publica el mismo día de su publicación, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia, Doy fe.



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 05/12/2023 13:10

Mensaje

IdLexNet	202310625830980
Asunto	Sentencia Sra. APELACION (icv) Recurs d'apel·lació contra sentències
Remitente	T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5 de Barcelona, Barcelona [0801933005] T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO
Destinatarios	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811] Colegio de Procuradores Ilustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona MONTAL GIBERT, MONTERRAT [756] Colegio de Procuradores Ilustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona 05/12/2023 12:16:43
Fecha-hora envío	03994_20231205_0916_0018983153_01.rtf (Principal)
Documentos	Hash del Documento: b9bf6f6e380e10404159a05fd1acc01c610640cba7da8efc44eaae2946e594e5
Datos del mensaje	Procedimiento destino FIC N° 0000505/2022 Detalle de acontecimiento Sentencia Sra. APELACION (icv)

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
05/12/2023 13:10:29	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-Ilustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
05/12/2023 12:16:52	Ilustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-Ilustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.

