

**Jutjat Contenciós Administratiu núm. 6
de Barcelona**

Recurs núm.: PO 470/14 F

Part actora: BANKIA SA

Part demandada: AJUNTAMENT DE TERRASSA

SENTÈNCIA NÚM. 166 / 2017

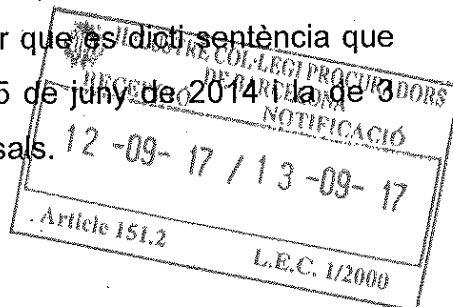
Barcelona a 1 de setembre de 2017

VISTES per a mi, Margarita Cuscó Turell, magistrada-jutgessa del Jutjat contenciós administratiu núm. 6 de la província de Barcelona, les actuacions corresponents al recurs promogut per BANKIA SA contra AJUNTAMENT DE TERRASSA.

Antecedents

Primer.- La representació processal de la part actora va presentar en el Deganat dels Jutjats Contenciosos administratius d'aquesta ciutat l'escrit d'interposició del present recurs contra la resolució dictada per l'Ajuntament de Terrassa en data 25 de juny de 2014 per la qual es desestima el recurs presentat per l'actora contra la resolució 3389 de data 3 d'abril de 2014 emesa per la Tinent d'Alcalde de l'Àrea de Planificació Urbanística i Territori.

Segon.- Un cop admès el recurs i reclamat l'expedient administratiu, la recurrent va formular demanda en què va demanar que es dicti sentència que declari la nul·litat de la resolució impugnada de 25 de juny de 2014 i la de 3 d'abril de 2014 amb imposició de les costes processals.



Tercer.- L'administració demandada va contestar a la demanda tot al·legant els fonaments que va entendre escaients al seu dret, sol·licitant finalment la desestimació d'aquest recurs.

Quart.- Fixada la quantia del recurs en indeterminada superior a 30000 euros, es va obrir el procés a prova. Acte seguit, les parts van proposar prova que es va practicar amb el resultat que consta a les actuacions. Posteriorment les parts van formular conclusions.

Cinquè.- Mitjançant providència es va posar de manifest a les parts un eventual nou motiu de recurs referent a la causa de nul·litat de ple dret per incompetència manifesta -en realitat, manca de potestat- de l'entitat local autora del requeriment administratiu, després de la derogació expressa per l'article 161 de la Llei 9/2011, de 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica, dels apartats 6 i 7 de l'article 42 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, i, en definitiva, de la supressió de l'alternativa obligada entre lloguer forçós o expropiació temporal de l'usdefruit per un període no superior a cinc anys dels habitatges desocupats en la què es fonamenta l'acte aquí impugnat. La part actora i la demandada s'han manifestat d'acord amb el contingut que consta a les actuacions.

Fonaments de dret

Primer.- L'objecte d'aquest recurs és la resolució dictada per l'Ajuntament de Terrassa en data 25 de juny de 2014 per la qual es desestima el recurs presentat per l'actora contra la resolució 3389 de data 3 d'abril de 2014 emesa per la Tinent d'Alcalde de l'Àrea de Planificació Urbanística i Territori en virtut de la qual es va incoar expedient per la utilització anòmla de l'habitatge situat a CA de Mossen de Rodamilans, 202, 2-2 consistent en la seva desocupació permanent e injustificada per més de dos anys, d'acord amb el que disposa l'article 41.3 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge.

Segon.- La resolució de data 3 d'abril de 2014 emesa per la Tinent d'Alcalde de l'Àrea de Planificació Urbanística i Territori acorda:

"PRIMERO.- INCOAR a la entidad CAJA DE AHORROS Y M DE PIEDAD DE MADRID, expediente por la utilización anómala de la vivienda sita en la calle DE MOSSEN A. RODAMILANS, 202, 2-2, según lo dispuesto en el artículo 41.3 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

SEGUNDO.- REQUERIR a la indicada entidad para que en el plazo máximo de DIEZ DIAS proceda a la OCUPACIÓN de la vivienda referida en el anterior acuerdo, mediante el régimen de uso que se considera adecuado.

TERCERO.- ADVERTIR que en caso de incumplimiento de lo ordenado se impondrán multas coercitivas no sancionadores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 113 LDH, según lo expuesto en el epígrafe III de la presente resolución.

ADVERTIR asimismo que en caso de incumplimiento de lo ordenado, se podrá incoar el correspondiente expediente para la declaración del incumplimiento de la función social de la propiedad a los efectos legales que correspondan, previa tramitación de un expediente contradictorio, de acuerdo con lo que establece la normativa de procedimiento administrativo, y en concordancia con lo previsto en la LDH.

ADVERTIR finalmente que en caso de incumplimiento de lo ordenado, se podrá incoar el correspondiente expediente sancionador con multas que pueden llegar hasta los 900.000 €, por los hechos presuntamente constitutivos de la infracción muy grave tipificada en el artículo 123.1.h) de la Ley 18/2007 del derecho a la vivienda consistente en el mantenimiento de la desocupación de la vivienda de referencia, después de haber adoptado la Administración las medidas establecidas por los apartados del 1 al 5 del artículo 42 de la LDH.

CUARTO.- GIRAR a la entidad afectada el pago de la cantidad de 831,47 € en concepto de tasa por la incoación y tramitación del expediente previsto por el artículo 41.3 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre del derecho a la vivienda, relativo a la utilización anómala de una vivienda o grupo de viviendas consistente en su desocupación permanente e injustificada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5, 13, 17 y 18 de la vigente Ordenanza Fiscal núm. 3.2 (Tasa por Servicios Urbanísticos)

Para el pago de la tasa recibirá próximamente la correspondiente notificación del Área de Ingresos y Recaudación de esta Corporación, indicando el lugar y el plazo en el que deberá hacerse efectiva.

Quinto.- NOTIFICAR el contenido de los presentes acuerdos a la propiedad para que, en el plazo máximo de AUDIENCIA de DIEZ DÍAS, contados a partir del día siguiente a aquel que tenga lugar la notificación, pueda presentar los documentos y justificaciones que considere pertinentes".

Tercer.- Aquesta no és la primera vegada que Jutjats Contenciosos Administratius d'aquesta ciutat s'han de pronunciar en relació a assumptes anàlegs al que aquí es planteja referents a la incoació d'expedient per la utilització anòmala d'un habitatge consistent en la desocupació permanent i injustificada per un termini de més de dos anys, tot requerint a la nova titular aquí demandant per tal que en el termini de deu dies procedeixi a l'ocupació de l'habitatge mitjançant el règim d'us que consideri adequat.

Atès que aquesta magistrada comparteix els fonaments de la sentència dictada pel Jutjat Contenciós administratiu número 1 en data . es reproduueixen tot seguit i formen part integrant d'aquesta resolució:

“SEGUNDO.- A partir de lo anterior, por relación al estricto objeto de la impugnación jurisdiccional de autos que resulta aquí procesalmente admisible ex artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional -esto es, la orden o el requerimiento administrativo municipal de inmediata ocupación o cesión de la vivienda desocupada por parte de su titular-, que no el simultáneo acto administrativo de trámite puro o no cualificado consistente en la incoación del expediente administrativo municipal comunicado a la nueva titular de la vivienda aquí recurrente -artículo 41.3 de la Ley catalana 18/2007-, que por ser un acto de trámite puro no resulta susceptible de impugnación jurisdiccional separada a tenor de nuestro ordenamiento jurídico procesal -artículos 25.1 y 69.c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción-, y no incluyéndose en la actuación administrativa aquí impugnada ni imposición de sanción administrativa alguna ni tampoco de multa coercitiva alguna en ejecución administrativa del anterior requerimiento-, procederá atender en esta resolución, derechamente, al examen de los motivos impugnatorios del recurso articulados en su demanda por la parte recurrente, y a los correlativos alegatos de oposición a los mismos alzados de contrario por la parte demandada en su contestación, aun no necesariamente por el mismo orden expositivo utilizado por las partes litigantes por razón aquí de una más ordenada sistemática resolutive.

Ello, a la vista necesariamente aquí de la resultancia fáctica del caso dimanante de las actuaciones documentadas en el expediente administrativo de autos remitido a este juzgado por la administración demandada y al que, en definitiva, se recondujera por las partes todo el material probatorio relevante obrante en el presente proceso por falta de proposición por las mismas de cualquier elemento probatorio de signo contrario que las desvirtúe en periodo probatorio procesal, y con la atención principal puesta aquí en el marco normativo aplicable en relación a la acción administrativa municipal en materia de promoción y gestión de vivienda.

En dicho sentido, importará ahora destacar que, como es ya conocido por las partes -incluso por razón de los múltiples procesos entablados por la sociedad gestora aquí recurrente contra actuaciones administrativas paralelas a la de autos de la misma corporación municipal demandada en cumplimiento de la orden de desacumulación objetiva de recursos dada por providencia de 28 de enero de 2015 del Juzgado núm. 16 de esta misma clase y capital en su procedimiento ordinario núm. 110/2015 a que se hiciera ya referencia en el antecedente de hecho primero de esta resolución-, no es ésta la primera ocasión en la que los juzgados y tribunales de este especializado orden jurisdiccional contencioso administrativo se encuentran ante la obligación de revisar en sede impugnatoria jurisdiccional -en resolución de incidentes cautelares o bien de procesos principales- similares actuaciones administrativas de la misma o de distinta corporación local catalana, consistentes en sendas órdenes administrativas o requerimientos de ocupación inmediata o cesión de viviendas desocupadas dadas a sus respectivas titulares dominicales, sean éstas entidades financieras o la sociedad gestora aquí recurrente, y en relación allí con iguales o muy similares fundamentos impugnatorios y pretensiones, bajo la misma o diferente representación procesal y defensa letrada, con resultado dispar en unos y otros casos.

Así, y por relación a la resolución por sentencia en primera instancia de los recursos contenciosos administrativos interpuestos por las entidades titulares de las viviendas contra dicha modalidad de orden administrativa positiva o mandato municipal, como

bien conocen las partes, han sido ya dictadas diferentes sentencias por los juzgados de esta misma clase y capital, tanto estimatorias –así, Sentencia núm. 401/2015, de 28 de diciembre, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 15 de Barcelona en su procedimiento ordinario núm. 156/2015- como desestimatorias -así, Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2016 dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 8 de Barcelona en su procedimiento ordinario núm. 153/2015- de las respectivas pretensiones anulatorias de tales requerimientos administrativos municipales, no difiriendo los supuestos procesales allí y aquí enjuiciados más que en circunstancias subjetivas y objetivas propias de cada caso singular o particular que se estiman sustancialmente irrelevantes aquí para la adecuada resolución de la controversia procesal que se repite en autos.

TERCERO.- Pues bien, aun sin desconocer esta resolución lo anterior, visto aquí lo actuado y acreditado en el proceso, y en atención a las determinaciones normativas del ordenamiento jurídico -tanto estatal como autonómico y tanto de régimen local como de vivienda- que resulta aplicable al supuesto considerado, se alcanza aquí la conclusión de que deberá ser estimado el presente recurso y anulada en esta sede jurisdiccional la orden administrativa combatida en el proceso al incurrir la misma en la causa de nulidad de pleno derecho o absoluta que seguidamente se justificará por la incompetencia manifiesta -en realidad, falta de potestad- de la entidad local autora de dicha orden o requerimiento administrativo, tras la derogación expresa por parte del artículo 161 de la Ley autonómica 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, de los anteriores apartados 6 y 7 de la Ley autonómica catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, y, en definitiva, de la supresión de la suerte de alternativa obligada entre alquiler forzoso o expropiación temporal del usufructo por un periodo no superior a cinco años de las viviendas desocupadas allí legalmente habilitada en favor de la administración actuante y en la que, en definitiva, se fundara la acción administrativa municipal aquí impugnada.

Lo que, ciertamente, se muestra más conforme con el ya hoy consolidado cuerpo de doctrina formado a modo de jurisprudencia contenciosa administrativa territorial o menor por la Sala Contenciosa Administrativa (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en la resolución de sendos recursos de apelación interpuestos contra distintas resoluciones cautelares suspensivas o no de órdenes administrativas municipales similares a la de autos dictadas por diferentes juzgados de esta misma clase y capital, doctrina que apunta a dicho vicio de invalidez jurídica y que aparece recordado, entre otras, por la Sentencia núm.802/2016, de 22 de noviembre, dictada por la Sala Contenciosa Administrativa (Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en su rollo apelación 127/2016 (Roj:STSJ CAT 8290/2016), bajo el siguiente tenor:

"TERCERO.- (...) esta Sala y Sección ya ha dictado un cuerpo de doctrina que cabe sintetizar, entre otras, en nuestras Sentencias nº 635, de 15 de septiembre de 2015 , nº 932, de 21 de diciembre de 2015 , nº 105, de 24 de febrero de 2016 , nº 285, de 26 de abril de 2016 , nº 386, de 8 de junio de 2016 y nº 510, de 6 de julio de 2016 , y en razón a lo siguiente: "Sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, como hace el Auto apelado, este Tribunal también advierte que la actuación para evitar la desocupación permanente de las viviendas ordenada por las resoluciones recurridas, en principio, a su fecha y a la fecha de incoación de los respectivos expedientes, de 25 de octubre de 2013, no parece tener encaje entre las previstas por el artículo 42 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, atendida la literalidad de los apartados de dicho precepto que continuaron vigentes después de la derogación expresa por el artículo 161 de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, del apartado 6º, en el que se autorizaba a la Administración a "acordar el alquiler forzoso de la

vivienda", lo que el Ayuntamiento apelante no cuestiona, no razonado tampoco el fundamento legal de la orden de ocupación después de esa derogación legislativa. En estas circunstancias, de derogación legislativa expresa de una medida que comporta la ocupación forzosa de la vivienda, puede apreciarse, en el ámbito limitado y provisional de las medidas cautelares, una apariencia de buen derecho en la pretensión de la parte recurrente, que justifica la suspensión cautelar de las ordenes recurridas de ocupación inmediata de las viviendas a que se refieren, razón por la cual procede desestimar el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de (...)"

CUARTO.- Siendo así que, como es ya sabido, no tratándose la orden administrativa positiva, mandato o requerimiento municipal aquí impugnado de un modo o forma de actividad administrativa que tenga su natural encaje ni en la denominada actividad de fomento administrativo ni en la actividad prestacional o de servicio público, strictu sensu, de las administraciones públicas sino en el marco de la denominada actividad administrativa de policía o, más modernamente, de limitación por expresar tal orden administrativa una modalidad de fuerte e intensa intervención administrativa en la esfera de los derechos de libertad y propiedad de los particulares -orden de alquiler forzoso o, alternativamente, de cesión forzosa del usufructo-, resulta bien manifiesta la vinculación positiva, que no meramente negativa, de la administración actuante en este particular ámbito de actividad administrativa a la ley o al principio constitucional de legalidad ex artículos 9.1 y 3, 103.1 y 106.1 de Constitución española, lo que, en definitiva, requiere una previa habilitación legislativa expresa en favor de la concreta administración actuante de la correspondiente potestad administrativa ejercida por la misma mediante la actuación administrativa cuestionada.

De tal manera que, en el caso contrario, una actuación administrativa producida sin la cobertura de la correspondiente potestad administrativa habilitada por el legislador incurriría en vicio o causa de nulidad de pleno derecho o invalidez en grado absoluto o radical tipificada por el artículo 62.1.b) de la ya hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, LRJPAC, aplicable *ratione temporis* al caso enjuiciado (hoy, artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, LPACAP, y, consiguientemente, obligaría a su anulación en esta sede jurisdiccional, conforme a lo previsto en el orden procesal por los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, sin necesidad de proseguir en tal caso a continuación con el examen posterior de los restantes motivos impugnatorios del recurso que apelan a la eventual anulabilidad o nulidad relativa de la actuación administrativa recurrida al resultar ello superfluo por irrelevante o, mejor, por intrascendente para la resolución definitiva del recurso.

Siendo así que respecto a dicho vicio de invalidez de los actos administrativos, y con carácter general, importará ahora destacar que, ciertamente, nuestro ordenamiento jurídico administrativo -y más allá de la categoría meramente doctrinal o de carácter puramente metafísico de los catalogados como actos administrativos inexistentes (BOQUERA OLIVER, GARCÍA DE ENTERRÍA,), por referencia a aquellos actos administrativos más groseramente inválidos, incluso, que los actos administrativos nulos de pleno derecho o viciados de nulidad absoluta a los que por faltarles todos o alguno de sus elementos más esenciales no se podría siquiera identificar como actos administrativos y resultaría lícito por ello, simplemente, desconocer o ignorar, sin necesidad siquiera de destruir por vía impugnatoria su presunción de legalidad o de validez, pero que frente a dicha supuesta indiferencia teórica despliegan efectos por las innegables consecuencias jurídicas y prácticas que, sin duda, se derivan del reconocimiento normativo de la autotutela administrativa ejecutiva, y evidencian, por tanto, la necesidad de eliminar en sede judicial tales simples apariencias de actos

supuestamente inexistentes, han llevado ya desde antiguo a su cabal tratamiento en la jurisprudencia como actos administrativos nulos de pleno derecho o viciados de nulidad absoluta (entre muchas otras, por STS, Sala 3ª, de 9 de noviembre de 1974, de 19 de junio y 20 de diciembre de 1979, de 4 de marzo y 11 de mayo de 1981 y de 21 de noviembre de 1983)-, por disposición expresa del citado artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, LRJPAC (hoy, artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, LPACAP), prescribe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón material o territorial, y no sólo jerárquica, entre los que nuestra jurisprudencia contenciosa administrativa ha venido incluyendo desde antiguo también como supuestos legales de actos nulos de pleno derecho por manifiesta, clara y ostensible incompetencia *ratione materiae* los actos dictados con manifiesta falta de potestad (entre otras, STS, Sala 3ª, de 30 de enero de 2001 y de 14 de agosto de 1979), en tanto que la competencia no es sino parte o medida de la correspondiente potestad administrativa previamente habilitada por el legislador competente a favor de la administración actuante.

Supuestos éstos de nulidad de pleno derecho de dichas actuaciones administrativas producidas en ausencia de potestad administrativa previamente habilitada al efecto por el ordenamiento jurídico aplicable que, ciertamente, llevan en tales supuestos, precisamente, a hablar de inexistencia de acto administrativo a la jurisprudencia comunitaria europea.

QUINTO.- Pues bien, proyectado lo anterior al caso particular de autos, y vistas las limitadas competencias municipales propias a efectos de definir una vivienda como vivienda desocupada (STSJ de Catalunya, Sala Contenciosa Administrativa, núm. 535/2011, de 22 de julio, recurso 373/2009), en materia de promoción y gestión de viviendas que no sean de protección pública (artículos 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Bases de Régimen Local, y 66.3.d) del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Catalunya, aprobado por Decreto Legislativo autonómico 2/2003, de 28 de abril), y, en general, en materia de vivienda (artículo 8 de la Ley autonómica 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda), se constata aquí que, efectivamente, también en este caso el expediente municipal incoado para declaración de utilización anómala de la vivienda subyacente en las actuaciones conforme al artículo 41.1.a) de la repetida Ley autonómica 18/2007, por supuesta desocupación permanente de la misma en los términos definidos por el artículo 3.d) del mismo texto legal, es de fecha manifiestamente posterior a la derogación de los apartados 6 y 7 de su artículo 42 por el artículo 161 de la Ley catalana 9/2011, de promoción de la actividad económica, antes referenciada y, efectivamente, posterior a la supresión de la inicial y cuestionada potestad administrativa habilitada por los repetidos apartados 6 y 7 de la Ley autonómica 18/2007 reiteradamente mencionada para acordar el alquiler forzoso de las viviendas por incumplimiento de la función social de la propiedad, primero, y la expropiación temporal del usufructo de las mismas por un periodo no superior a cinco años para alquilarla a terceros, después.

Por lo que, en definitiva, y como ya se adelantara, la actuación administrativa aquí recurrida, efectivamente, aparece huérfana de la necesaria potestad administrativa municipal para su válida adopción, lo que procede reconducir aquí al supuesto legal de incompetencia administrativa manifiesta material previsto como causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos por el artículo 62.1.b) de la citada Ley 30/1992, LRJPAC, aplicable al caso por razones temporales, y, por ello, impondrá su anulación en la parte dispositiva de esta resolución conforme a lo previsto en el orden procesal por los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, sin la necesidad de abordar seguidamente en esta resolución el resto de motivos de impugnación y alegatos de oposición a los mismos que enfrentaron a las

partes en el debate procesal al mostrarse ello intrascendente para la resolución final de esta litis."

D'acord amb els fonaments anteriors cal estimar aquest recurs.

Quart .- A tenor dels articles 68.2 i 139.1 de la vigent llei jurisdiccional, modificat aquest últim per la Llei 37/2011, de 10 d'octubre, de mesures d'agilització processal, les costes processals s'imposaran en primera o única instància a la part que hagi vist rebutjades totes les seves pretensions en la sentència o en la resolució del recurs o de l'incident, excepte que s'aprecii i així es raoni, que el cas presentava series dubtes de fet o de dret.

En aquest cas es considera que, certament, el supòsit presentava series dubtes de dret, la qual cosa justifica la no imposició de les costes tot i la integra desestimació de la demanda.

Atesos els fonaments legals esmentats,

DISPOSTO: Estimar el recurs contenciós administratiu interposat per BANKIA SA contra AJUNTAMENT DE TERRASSA i anul·lar la resolució impugnada, sense costes.

Notifiqueu aquesta sentència a les parts, amb l'avertiment que es pot interposar recurs ordinari d'apel·lació en contra, d'acord amb el que preveu l'article 81 de la Llei jurisdiccional.

Així ho pronuncio, ho mano i ho signo.

La magistrada jutgessa

PUBLICACIÓ. Faig constar que avui la magistrada jutgessa ha llegit i publicat aquesta sentència en audiència pública. En dono fe.