

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

RECURSO DE APELACION Nº: 46/2021

APELANTE: [REDACTED]

c/ AJUNTAMENT DE TARADELL; AIRES DEL MONTSENY, S.L.; [REDACTED]

Y [REDACTED]

SENTENCIA Nº 4767

Ilustrísimos Señores:

Presidente

JAVIER AGUAYO MEJÍA

Magistrados

D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS.

D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ.

D. JOSÉ ALBERTO MAGARIÑOS YÁNEZ.

Dña. ESTEFANÍA PASTOR DELÁS.

BARCELONA, a dos de diciembre de dos mil veintiuno.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el recurso de apelación nº 46/2021, seguido a instancia de Don [REDACTED], representado por el Procurador Don JOAQUIN RUIZ BILBAO, contra el AJUNTAMENT DE TARADELL, representado por el Procurador Don CARLES BADIA MARTINEZ, y contra la entidad AIRES DEL MONTSENY, S.L., Don [REDACTED] y Doña [REDACTED], no comparecidos en el presente recuso de apelación, sobre Urbanismo.

En la tramitación del presente rollo de apelación ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don **Manuel Táboas Bentanachs**.
ANTECEDENTES DE HECHO.

1º.- Ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona nº 1 y en los autos 24/2017, se dictó Auto de 20 de julio de 2020, cuya parte dispositiva, en la parte menester, estableció "DESESTIMO INTEGRAMENTE el incidente de declaración de nulidad del Acuerdo de la Junta de Govern Local de l'AJUNTAMENT DE TARADELL de fecha 2/05/2017".

2º.- En la vía del recurso de apelación, recibidas las actuaciones correspondientes y habiendo comparecido la parte apelante finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que ha tenido lugar el día 25 de noviembre de 2021, a la hora prevista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El 2 de mayo de 2017 la Junta de Govern Local del Ayuntamiento de Taradell dictó Acuerdo por virtud del que, en esencia, se acordó "Aprovar el projecte bàsic i executiu REFORMAT II per la legalització i adequació de les obres emparades per la llicència atorgada per Acord de la Junta de Govern Local de Taradell de 2.2.2007 a les disposicions de la Sentència 890 de la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 5.12.2012". El 4 de septiembre de 2017 el mismo órgano dictó acuerdo de adjudicación obras a tercero para ese proyecto.

Formulado recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona nº 1 y en los autos 24/2017, se dictó Auto de 20 de julio de 2020, cuya parte dispositiva, en la parte menester, estableció "DESESTIMO INTEGRAMENTE el incidente de declaración de nulidad del Acuerdo de la Junta de Govern Local de l'AJUNTAMENT DE TARADELL de fecha 2/05/2017".

SEGUNDO.- La parte apelante que relaciona los antecedentes de ejecución que tratan de mostrar la disfunción en la debida ejecución forzosa de la sentencia firme de autos con los incidentes hasta el momento seguidos, formula sus motivos de apelación, sustancialmente, entendiéndose que no resulta procedente la

desestimación del incidente sino su estimación tanto por lo dictaminado por el perito elegido por esa parte como lo dictaminado por el perito de designación judicial en contra de lo razonado por el técnico municipal.

La parte recurrida contradice los argumentos de la parte recurrente.

TERCERO.- Examinando detenidamente las alegaciones contradictorias formuladas por las partes contendientes en el presente recurso de apelación, a la luz de la prueba con que se cuenta –con especial mención de las obrantes en el incidente de ejecución de sentencia consistentes en los peritos elegidos por la parte actora Arquitecto Don [REDACTED] por la administración en relación al Arquitecto municipal Don [REDACTED] y el perito Arquitecto de designación judicial Don [REDACTED], debe señalarse que la decisión del presente caso deriva de lo siguiente:

1.- Efectivamente nos ocupa un incidente de nulidad con fundamento en el artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional en relación con los actos precitados y en relación con lo decidido judicialmente con fuerza de cosa juzgada en nuestra **Sentencia nº 890, de 5 de diciembre de 2012, recaída en nuestro recurso de apelación 252/2010**, si bien con indicaciones también al artículo 109 de nuestra Ley Jurisdiccional, que procede traer a colación en los siguientes particulares:

"PRIMERO.- A).- El recurso de apelación tiene por objeto la pretensión de la parte apelante de que se revoque la Sentencia apelada y, con estimación del recurso contencioso administrativo, se anulen los siguientes acuerdos municipales: - el de 17/9/2007, de desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el de 25/6/2007 por el que se concedió a la codemandada licencia municipal ambiental para la actividad de hotel en el local situado en el número 2 de la calle Ravató; - el de 2/7/2007 por el que se concedió a la aquí codemandada licencia de obras para el correspondiente edificio; y, - el de 29/10/2007 por lo que se desestimó la solicitud de la aquí actora y apelante, de iniciación del expediente de protección de la legalidad urbanística; así como las indicadas licencias.

B).- En relación con este último acuerdo de 29/10/2007, el Ayuntamiento pone de manifiesto lo que se dice en el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada: "de conformidad con la providencia de admisión de 12 febrero 2008, no se tiene por interpuesto recurso contra la Resolución de 29 octubre 2007, por la que se desestima la solicitud de paralización de las obras".

El Ayuntamiento alega que contra esa clara decisión de la sentencia no se aduce ningún motivo de apelación y que por ello el acuerdo de 29/10/2007 no puede ser objeto del presente proceso.

A lo que debe decirse que en el texto literal de aquella providencia no figura referencia alguna a la Resolución de 29/10/2007, ni tampoco figura referencia alguna al acuerdo municipal de concesión de la licencia de obras y, sin embargo, en la sentencia apelada la

inadmisibilidad parcial del recurso contencioso-administrativo en relación con la impugnación de la licencia de obras no se inadmite por no figurar en aquella providencia.

Examinada dicha providencia, se observa que no hay en la misma pronunciamiento alguno en relación con la admisión y/o inadmisión del recurso contencioso-administrativo en relación con los actos municipales de 29/10/2007 y de concesión de la licencia de obras. Además se constata que el *petitum* de la demanda se refiere a dichos actos solicitando expresamente su anulación, que en su escrito de contestación, el Ayuntamiento alega la inadmisibilidad del recurso en cuanto a la licencia de obras por tratarse de acto consentido y firme, y que la codemandada reproduce dicha alegación del Ayuntamiento.

Según el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, este se interpuso: - contra acuerdo municipal de 17/9/2007 por el que se desestimó el recurso de reposición formulado contra acuerdo municipal de 25/6/2007 por el que se concedió a Aires del Montseny SL la licencia ambiental impugnada; - contra acuerdo municipal de 29/10/2007 por el que se deniega la solicitud de paralización de las obras formulada por la actora / apelante; y - contra el acuerdo municipal de concesión de la licencia de obras nº 73/2007.

De lo que se deriva que la argumentación que se recoge en el último párrafo del Fundamento de derecho Tercero de la Sentencia apelada, de que "de conformidad con la providencia de admisión de 12 febrero 2008, no se tiene por interpuesto recurso contra la Resolución de 29 octubre 2007", no se ajusta a lo dispuesto en dicha providencia, carece de reflejo en el Fallo apelado, y queda contradicho y desvirtuado por lo dicho por las partes en sus escritos procesales de demanda y contestación.

Por consiguiente, el acuerdo municipal de 29/10/2007, forma parte del objeto del presente proceso.

C).- Es de aplicación al caso el Texto refundido de las normas urbanísticas de planeamiento general del municipio, aprobado definitivamente en el 2/3/2006, y publicado el 9/8/2006.

Asimismo, y por razones temporales, es de aplicación al caso el Decreto legislativo 1/2005.

SEGUNDO.- El fallo de la sentencia apelada contiene un primer pronunciamiento por el que se declara la inadmisibilidad parcial del recurso contencioso administrativo respecto del acuerdo municipal de 2/7/2007, por el que se concedió la antes dicha licencia de obras.

En la misma sentencia se menciona la solicitud de la aquí actora apelante formulada ante el Ayuntamiento el 28/8/2007, de paralización de las obras por entender que la licencia incumplía la normativa urbanística de aplicación. Esta solicitud fue denegada por acuerdo municipal de 29/10/2007, por considerar que la licencia se ajustaba a la normativa urbanística aplicable. Este acuerdo municipal fue notificado el 29/11/2007. El recurso contencioso administrativo se interpuso el 4/1/2008, cuando aún no había transcurrido el plazo legal de dos meses para interponerlo.

Como queda dicho más arriba, la Resolución de 29 octubre 2007 forma parte del objeto del presente proceso; pero la resolución de 29/10/2007, no tiene por objeto la solicitud de licencia de obras sino la solicitud de paralización de las obras, que deniega. Y aquí se examina el pronunciamiento de la sentencia apelada por el que se declara la inadmisibilidad parcial del recurso respecto del acuerdo municipal del 2/7/2007 por el que se concedió la licencia de obras. Para decidir la inadmisibilidad parcial del recurso respecto del acuerdo de concesión de la licencia de obras, se computa el plazo de dos

meses para la interposición del recurso contencioso administrativo desde la fecha de la solicitud de paralización de las obras formulada por la aquí actora apelante el 28/8/2007, estimando que la aquí actora apelante, en esta fecha y al formular aquella solicitud, tenía pleno conocimiento de la licencia de obras concedida. El Ayuntamiento demandado alega que la solicitud de paralización de las obras formulada por la actora el 28/8/2007, en ningún caso puede ser equiparada a un recurso de reposición ya que en ningún momento se dice que se interponga recurso con lo que se incumplen los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo 110.1 de la Ley 30/1992.

A lo que debe decirse que no puede estimarse que el mero conocimiento de la concesión de la licencia de obras, puesto de manifiesto por la aquí actora apelante en su solicitud de paralización de las obras, produce los efectos de una notificación en forma de tal concesión y abre el plazo de dos meses para interponer el recurso jurisdiccional.

En consecuencia el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del 2/7/2007 se estima interpuesto temporáneamente. No podrá pues prosperar la alegación del Ayuntamiento apelado de que únicamente cabe examinar, en el presente proceso, el acto de concesión de la licencia ambiental.

Y por ello deberá prosperar la apelación en cuanto al pronunciamiento de inadmisibilidad parcial del recurso contencioso administrativo respecto de la impugnación del acuerdo de concesión de la licencia de obras de 2/7/2007.

TERCERO.- A).- La actora apelante sostiene que se han infringido los parámetros propios de ocupación máxima, altura máxima, índice de edificabilidad y distancias de la edificación a límites de parcela.

B).- La actora y apelante sostiene que la licencia de obras impugnada infringe el límite del 25% de ocupación de la parcela. Esta tiene una superficie de 3822 m²: la ocupación máxima es, pues, de 955,50 m². Todo ello de conformidad con el artículo 88 de la normativa urbanística aplicable.

El debate se plantea respecto de cómo medir la ocupación máxima de la parcela por la edificación construida: el artículo 157 de la normativa urbanística establece como criterio de medición el de que "la ocupación se medirá por la proyección ortogonal sobre un plano horizontal de toda la edificación".

Las partes discrepan sobre qué debe entenderse por "toda la edificación": Según la actora apelante deben tenerse en cuenta, además de las construcciones sobre rasante, las construcciones bajo rasante. Según el dictamen pericial aportado por la actora con su demanda la proyección ortogonal de las construcciones sobre rasante más las construcciones bajo rasante según el proyecto autorizado, suman 1419.19 m², o sea, un 39.01%; y según el perito procesal la expresada proyección ortogonal de las construcciones sobre rasante más las construcciones bajo rasante, según medición realizada por el perito, suma 1713, 31 m², o sea, un 44.83%, si bien el perito procesal matiza que a los efectos del parámetro de ocupación sólo tienen que computarse las plantas que tengan consideración de baja o piso (artículo 19.5 de la normativa), cuya proyección ortogonal suma 952.39 m², aplicando el criterio de que a efectos de ocupación sólo deben computarse las construcciones que computan a efectos de edificabilidad. Sostiene esta conclusión en base a los artículos 19 y 157 de la normativa urbanística. Frente a este criterio la actora, apoyándose en el dictamen pericial aportado con su demanda, sostiene que debe computarse "la total edificación" y no solamente las construcciones que computan para edificabilidad: se apoya en la literalidad del artículo 157 de la normativa urbanística y en su interpretación de acuerdo con el criterio de menor edificabilidad del artículo 10 del Decreto legislativo 1/2005.

El artículo 19 de la normativa, relativo a "conceptos técnicos del planeamiento", en su

apartado 5, regula el concepto de "superficie de techo edificable" como la suma de todas las superficies cubiertas correspondientes a todas las plantas que tengan la consideración de baja o piso hicieran de potencial edificación privada; pero no se regula, en dicho precepto qué deba entenderse por "ocupación". En el artículo 157 se regula la ocupación máxima, entre los parámetros propios del tipo de ordenación de edificación aislada según parcelación, en los siguientes términos: "la ocupación del solar se medirá por la proyección ortogonal de sobre un plano horizontal de toda la edificación": se trata pues, de la proyección ortogonal de "toda la edificación".

No se acepta la opinión del perito forense de que la norma del artículo 157, cuando se refiere a "toda la edificación", debe ponerse en relación con la norma del apartado cinco del artículo 19 de la normativa, la cual define la superficie de techo edificable, por cuanto el concepto de techo edificable y de edificabilidad es, en la concreta normativa de aplicación al caso, sustancialmente distinto del concepto de edificación. En efecto, el concepto de edificación, al que se refiere el citado artículo 157 cuando habla de "toda la edificación", en defecto de definición en la normativa urbanística, debe extraerse de la normativa específica sobre edificación, en concreto de la ley que la regula, a saber, la Ley 38/1999, sobre Edificación, en la que se dice:

"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

/.../ 2. Para ello, se define técnicamente el concepto jurídico de la edificación y los principios esenciales que han de presidir esta actividad y se delimita el ámbito de la Ley, precisando aquellas obras, tanto de nueva construcción como en edificios existentes, a las que debe aplicarse.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.*
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.*
- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.*

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el art. 4, las siguientes obras:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.*
- b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.*
- c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.*

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio."

Y en el artículo 41 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo:

"Artículo 41. Derecho de edificación en suelo urbano

1. El suelo urbano puede ser edificado, de acuerdo con las determinaciones del planeamiento urbanístico, y mediante el otorgamiento de la licencia de edificación correspondiente, si alcanza la condición de solar. Sin embargo, se admite que las obras de edificación sean simultáneas a las de urbanización o de reurbanización, si previamente se presta la garantía y se ejecutan los elementos de urbanización que sean determinados por reglamento.

2. Si para la edificación de suelo urbano es necesaria la reparcelación del suelo, ésta tiene que haber sido aprobada por acuerdo que haya ganado firmeza en vía administrativa.

3. Las condiciones de edificación que establezcan las licencias municipales se pueden hacer constar, de acuerdo con la legislación hipotecaria, en el Registro de la Propiedad. Si se transmiten fincas en curso de edificación, las personas compradoras deben asumir el cumplimiento de estas condiciones; igualmente, en las escrituras de obra nueva en construcción, las personas propietarias deben explicitar la asunción de dichas condiciones o bien acreditar que las han cumplido al declarar la obra concluida. En los dos casos, se tiene que incorporar a las escrituras correspondientes el testimonio de las licencias de obras y, si procede, de la parcelación urbanística, o bien el pronunciamiento municipal que la declare innecesaria."

En la normativa de las Normas subsidiarias del municipio, en su artículo 88.3, en el que se regulan las "condiciones de edificación", en su apartado f) se establece que "las separaciones de las construcciones serán como mínimo a la línea oficial de la calle 10 m, a los demás linderos 5 m".

En definitiva, en virtud de la normativa de aplicación al caso de autos, edificación es toda construcción. Por ello no se acepta la opinión del perito forense de que la "edificación" a que se refiere la norma del artículo 157, sería exclusivamente lo construido sobre rasante: no cabe introducir una excepción donde la norma no la establece y, como queda dicho, en el presente caso la normativa no excepciona lo edificado o construido bajo rasante. Por consiguiente la norma del artículo 157 cuando se refiere a "toda la edificación", comprende lo construido sobre rasante y lo construido bajo rasante, esto es, todo lo construido o edificado. En definitiva, en la normativa de aplicación al caso se equipara edificación y construcción, conclusión que queda corroborada por el artículo 88.3.f) de las Normas subsidiarias del municipio.

De lo que se deriva que la "total edificación" o construcción autorizada por la licencia de autos infringe el parámetro de ocupación máxima del 25% de la parcela establecido en el artículo 157 de las Normas subsidiarias.

En consecuencia deberá prosperar la pretensión anulatoria deducida en la demanda en cuanto al expresado extremo.

Según consta en el dictamen forense aportado por la actora, en los planos del proyecto objeto de la licencia de obras contemplan el retranqueo de 10 m respecto de la calle Puiglagulla, pero el sótano construido continúa invadiendo la franja de retranqueo, aunque no sea aparente al estar oculta bajo un grueso de tierras ajardinadas.

Para la ordenación de la edificación aislada según parcelación, el artículo 156 de la normativa establece que son parámetros propios de este tipo de ordenación, entre otros las distancias de la edificación, que se establecen en el artículo 159 en relación con el artículo 88.3.f) de la misma normativa. Según este último precepto la separación de las construcciones serán como mínimo de 10 m a la línea oficial de la calle.

En méritos del dictamen forense citado queda probado que el proyecto licenciado y la construcción realizada infringen la separación mínima de 10 m a la calle Puiglagulla a nivel de sótano.

CUARTO.- Además la actora alega que la licencia impugnada infringe la normativa urbanística en cuanto al número de plantas permitido según el artículo 88.3.e) de la normativa.

La cuestión debatida se centra en la planta semisótano según el proyecto objeto de la licencia de obras concedida: -según el Ayuntamiento y la codemandada la indicada planta semisótano está ubicada bajo rasante y por consiguiente no tiene carácter de planta baja; -según el dictamen pericial aportado por la actora la indicada planta semisótano se encuentra a más de 1 m por encima de la cota del terreno existente en el momento de ser concedida la licencia de obras, por lo que tiene el carácter de planta baja de conformidad con el artículo 139 de la normativa; y -según el perito procesal, solamente una porción de la indicada planta semisótano se encontraría a más de 1 m por encima del terreno modificado resultante de las obras realizadas (no cuantifica, el perito procesal, la indicada porción).

La cuestión se regula en el citado artículo 139.2 de la normativa en virtud del cual, en el tipo de ordenación de autos, subzona comercial, clave 7d2, será planta sótano "toda planta enterrada o semienterrada siempre que su techo esté por debajo de la cota de 1 m por encima del nivel exterior definitivo", y que las partes de la planta semisótano que sobresalga más de 1 m por encima de este nivel exterior definitivo, tendrán la consideración de planta baja. No es de aplicación al caso la norma que para el concreto supuesto de construcciones auxiliares (que no se permiten salvo que se adosen al edificio principal), establece la excepción de aquellas construcciones auxiliares semienterradas, fruto de la nivelación del solar, las cuales en ningún caso podrán sobrepasar la altura sobre el terreno de 1.20 m (artículo 88.3.g) de la normativa).

Según la pericial forense el "nivel exterior definitivo" a partir del cual se define la cota de 1 m por encima del mismo, la cual constituye el límite de la planta semisótano (por cuanto si ésta sobrepasa dicha cota tiene la consideración de planta baja según el artículo 139.2 de la normativa), viene dado por la rasante de la calle (apartado 3.f) del dictamen forense, en el que el perito forense define como techo edificable máximo el de 1719.90 m² "sobre rasante", especificando que se trata de las "plantas baja, piso y golfas", y en el mismo sentido la respuesta del perito forense a la aclaración "3" al extremo 3.d), en la que reitera su criterio de que "cualquier cómputo de edificabilidad debe referirse estrictamente a la elevación sobre el nivel exterior definitivo y no respecto a la supuesta elevación sobre la rasante natural del terreno", y en su respuesta a la aclaración "4.b" al mismo extremo cuando insiste en que "en el caso que nos ocupa el planeamiento vigente establece que la consideración urbanística como planta baja o como planta sótano responde a su posición respecto al nivel exterior definitivo y no respecto al nivel o rasante natural.

Debe pues concluirse, en este extremo, que la actora no ha obtenido prueba que acredite: -que la denominada en el proyecto licenciado planta semisótano no merezca la consideración de tal de conformidad con la normativa urbanística aplicable; y -que la edificabilidad, o sea, la superficie de techo edificable por encima del nivel exterior definitivo, esto es, de la rasante, exceda del máximo normativamente permitido.

QUINTO.- La actora, además, alega que la licencia impugnada infringe la normativa urbanística en cuanto a la altura reguladora máxima establecida en el artículo 88.3.d) de las Normas subsidiarias, en relación con el artículo 158 de las mismas. Ya se ha dicho más arriba que no es de aplicación al caso el artículo 88.3.g), que se refiere a construcciones auxiliares.

Se estima que la conclusión del dictamen aportado por la actora, de que "el terreno natural está a la cota +0'85 m", de lo que, según el mismo dictamen, se deriva que la cara superior del techo del sótano se sitúa a una cota de +3'70 m, carece de la necesaria

justificación, siendo insuficientes las meras referencias a un plano topográfico del terreno y a fotografías acompañadas al dictamen, y a que, en opinión del perito, la cota del terreno natural ha sido elevada artificialmente por el vecino de la parte posterior, ya que dichos referencias carecen de la necesaria precisión para justificar y apoyar aquella conclusión.

Por ello no se aceptan las opiniones del indicado perito relativas a que la planta semisótano tendría la consideración urbanística de planta baja, que su superficie debería computar a efectos de edificabilidad, y que al menos parte de la planta piso del proyecto pasaría a ser un segundo piso no permitido por la normativa urbanística.

Por otra parte no habiéndose acreditado cuál es la cota natural del terreno, a la que se refiere el artículo 158 de la normativa, no queda probado que el proyecto licenciado infrinja el parámetro de altura reguladora máxima.

SEXTO.- La actora y apelante sostiene que la licencia de obras impugnada vulnera las distancias de separación a vial, que es de 10 m, y a lindes vecinos, que es de 5 m (artículos 88 y 159 de la normativa).

La discrepancia entre las partes reside en si debe tenerse en cuenta lo construido bajo rasante para computar las expresadas distancias: según el dictamen pericial aportado por la actora, tiene que tenerse en cuenta lo construido bajo rasante (en cuyo caso una parte de lo construido bajo rasante no cumple aquella distancia de separación), de conformidad con el artículo 156 de la normativa y el criterio de menor edificabilidad del artículo 10 del Decreto legislativo 1/2005; según el dictamen forense sólo debe tenerse en cuenta lo construido sobre rasante, o sea, lo que computa a efectos de edificabilidad.

En el apartado 3.f) del artículo 88 de la normativa que regula el sector Miranda de la Plana, se dispone de que las separaciones de las construcciones serán como mínimo a la línea oficial de la calle 10 m, a los demás lindes 5 m, y que se la separación a la calle se podrá reducir hasta 7 m, cuando quede de manifiesto que en los cruces y aplicando la normativa establecida, no quede un espacio ocupable por la edificación de 8 m como mínimo: queda pues de manifiesto la relación entre las separaciones a los límites de parcela y el espacio que puede ocupar la edificación. De conformidad con la doctrina antes sentada en relación con el concepto de edificación, se concluye que las construcciones por debajo de la planta baja, tienen que cumplir las expresadas distancias de separación a la línea oficial de calle y a los demás lindes.

Deberá pues, prosperar este extremo de la apelación.

SÉPTIMO.- La actora y apelante alega que la licencia de obras impugnada vulnera la edificabilidad máxima de la parcela establecida en 1000 m² de techo residencial sobre rasante según la normativa del Plan parcial de ordenación Miranda de la Plana, cuya normativa ha sido incorporada a las normas urbanísticas de aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de las mismas. Cita asimismo el artículo 29.j) de la normativa que caracteriza como edificabilidad residencial la correspondiente a la actividad hotelera; y además los artículos 83.2 y 83.3.e) de dicha normativa.

Según el perito procesal el expresado Plan parcial ha sido derogado por la Disposición final del Texto refundido de la normativa urbanística, de aplicación al caso.

Se estima que hay que estar a lo que dispone el apartado uno del artículo 88, relativo al sector Miranda de la Plana, en el sentido de que dicho sector "está formado por el ámbito del Plan parcial aprobado con este nombre" y de que "la normativa de este planeamiento queda integrada en estas normas y una vez revisada a continuación se determina", esto es, que se incorpora la expresada normativa pero una vez revisada en los términos del

indicado artículo 88.

En definitiva se estima que el límite de edificabilidad de 1000 m² de techo residencial por parcela sobre rasante, establecido en el mencionado Plan parcial para la denominada "zona residencial abierta", no es de aplicación por haber sido derogado, en concreto dicho límite, por la normativa en relación con la parcela de autos, que está dentro de la denominada "zona de ordenación específica" cuyo edificabilidad máxima es la de 0,45 m²t/m²s (artículo 88.3.a) de la normativa), siendo computables como techo las superficies que tengan la consideración de planta baja o piso, sin incluir a las plantas sótano: hay que estar al índice de edificabilidad establecido para dicha zona por la normativa urbanística vigente.

En virtud de la pericial forense practicada se estima probado que el proyecto licenciado tiene una edificabilidad de 1718 m². El índice de edificabilidad establecido por la normativa vigente es de 0,45 m²t/m²s, que aplicado a la superficie de la parcela de 3822 m², da un techo edificable máximo de 1719,90 m².

OCTAVO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no procede formular condena en las costas de este recurso de apelación, ni de la primera instancia.

FALLO

ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación interpuesto a nombre de D. [REDACTED] contra la Sentencia arriba indicada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm 1 de Barcelona, dictada en autos 12/2008; y REVOCAMOS el pronunciamiento primero de su Fallo en el que se declara la inadmisibilidad parcial del recurso contencioso administrativo con respecto al acto de 2/7/2007, y DECLARAMOS la admisibilidad del recurso en cuanto a este acto.

Y ESTIMAMOS en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto, únicamente en el sentido de: - anular la licencia de obras concedida por acuerdo municipal de 2/7/2007 en cuanto el proyecto objeto de dicha licencia de obras infringe los parámetros de ocupación máxima de parcela y de separación mínima de las construcciones a los límites de la parcela, en los términos expresados en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, y - anular la licencia ambiental (Resoluciones de 17/11/2007 y 25/6/2007) en cuanto se refiere a aquellas partes de la total edificación incurso en las expresadas infracciones urbanísticas. Desestimando los demás pretensiones de la demanda.

Sin formular condena en las costas del presente recurso de apelación, ni de la primera instancia".

2.- Una vez se inicia por el escrito de la parte actora a 14 de julio de 2017 y después de una complicada tramitación con pluralidad de escritos cruzados y de varios años finalmente se alcanza el Auto apelado de 20 de julio de 2020.

Es más, con una técnica sobradamente conocida de más y más papeles, y con dictámenes contradictorios de las partes contendientes no se va a descubrir la obviedad que hasta se ha tratado de incorporar a una ejecución de sentencia de

restauración de la legalidad urbanística lo que no es sino una pretendida legalización cuanto menos de parte de lo actuado.

Con todo ello importa ir sentado lo siguiente:

A) Ninguna duda debe caber en orden a que a la titulación habilitante originaria y a las acciones ejercitadas les era aplicable el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, pudiendo citarse también el Decreto 287/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento parcial de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, y como Planeamiento Urbanístico y como se señala en la Sentencia relacionada el Texto refundido de las normas urbanísticas de planeamiento general del municipio, aprobado definitivamente en el 2/3/2006, y publicado el 9/8/2006.

Por consiguiente, en razón a la debida restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado debe estarse a la innegable finalidad para con la restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, mediante las oportunas medidas de reposición.

B) Por el contrario cuando de legalización de obras se trata nos hallamos en el ámbito de una búsqueda de una titulación habilitante que claro está no puede ser la ordenación anterior ya que solo puede descansar en aquella ordenación posterior aplicable y precisamente a las alturas temporales de lo que se inste en debida y legal forma respecto a la correspondiente titulación habilitante.

C) Es más, tratar de calificar y solucionar el caso como una yuxtaposición o "tercer genus" de una amalgama de normativas de planeamiento urbanístico parciales que interesen, en parte de conformidad con la normativa anterior y en parte con arreglo a la nueva normativa urbanística, bien para aceptar o bien para rechazar la conformidad a derecho que se pretende, no tiene soporte alguno ya que no es solo que ello no existe sino que la normativa anterior puede no resultar aplicable por razones temporales y la nueva normativa desde luego no tiene efectos retroactivos.

D) Pero más importante es detener la atención en que a efectos procesales y de la debida ejecución de sentencia lo único que debe ocuparnos es el pronunciamiento de derribo y por tanto en todo caso la restauración de la realizada física alterada y el orden jurídico vulnerado sin que haya lugar a inmiscuir la debida ejecución de sentencia en cometidos de legalización alguna cuando esa perspectiva está lisa y llanamente fuera del perímetro de la cosa juzgada.

Efectivamente lo que no cabe aceptar es hacer de mejor condición el

supuesto que ha recibido la censura judicial de restauración de la legalidad urbanística colocándolo fuera de la necesidad de dotarse de la debida titulación habilitante en vía administrativa con las consecuencias de rigor y además dotarle de la fuerza de unos pronunciamientos judiciales además en ejecución de una sentencia de que no se dispone por los condenados, ya que solo favorecen y deben favorecer a la parte ejecutante.

Dicho en otras palabras, pugna con la cosa juzgada del presente proceso que se trate de lograr una legalización además avalada judicialmente y debemos aplicarnos a examinar si la titulación interesada y lograda trata de lograr burlar la debida ejecución de la Sentencia de cuya ejecución se trata -artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional- y en su caso precisando los elementos o puntos que deben todavía ejecutarse -artículo 109 del mismo texto legal-, todo ello sin perjuicio de la impugnación de la titulación habilitante por otros motivos de forma independiente y en otro proceso de acuerdo con las reglas generales.

3.- En ese marco de análisis y examen del caso y como en tantas ocasiones concurre las partes, han facilitado su parecer con el apoyo de los técnicos que han tenido a bien elegir a no dudarlos en apoyo de sus respectivas posiciones de parte.

Con carácter general y en la perspectiva procesal de la prueba pericial, debe señalarse que este tribunal reiteradamente ya se ha visto en la necesidad de ir sentando y dando cuenta de la situación resultante de abandonar al tribunal a una prueba practicada a instancia mera y simplemente de una/s parte/s que elige/n perito, extremos y su resultancia para, en su caso, descartando pericias desfavorables o incluso no tan favorables, se procede a su aportación al proceso y ello es especialmente relevante cuando de sus dictados y con esas posibilidades concurrentes no se alcanza a producir el necesario convencimiento para viabilizar las tesis de la/s parte/s que actúa/n de ese modo—por todas, baste la cita de nuestras Sentencias nº 37, de 26 de enero de 2015, nº 469, de 23 de junio de 2015, nº 718, de 5 de octubre de 2015, nº 788, de 9 de noviembre de 2015, nº 344, de 26 de mayo de 2016, nº 6, de 16 de enero de 2017, nº 149, de 20 de marzo de 2017, nº 621, de 29 de octubre de 2017, nº 868, de 12 de diciembre d 2017, nº 1057 de 11 de diciembre de 2018, nº 1208, de 16 de marzo de 2021-.

Efectivamente, no se trata de afirmar que esa prueba a iniciativa de una parte no merece la calificación de prueba pericial y que no haya que estar a un examen detenido y crítico de lo que en la misma se muestra para atender a la fuerza de convencimiento de lo que se dictamine, si es que la tiene, sino simple y llanamente poner de manifiesto que ante la concurrencia de pareceres de iguales técnicos en las actuaciones administrativas y en sentido contrario, en su caso, con la misma fuerza de convencimiento, la mayor imparcialidad con sus correspondientes garantías debe residenciarse en la prueba pericial procesal que despeje las

contradictorias posiciones técnicas que se enfrentan.

Y eso es lo que concurre en el presente caso, habida cuenta que, como se ha expuesto, las partes contendientes han disfrutado cada una de ellas de toda una serie de técnicos, a no dudarlo al más incisivo detalle, al punto de sostener lisa y llanamente lo contrario y si se nos permite la expresión con una intensidad de decenas de páginas en uno u otro sentido. Y así debe significarse que la sensibilidad de los técnicos de parte ha ido siendo la más cercana a los intereses de la parte que ha solicitado su intervención, en atención especialmente a sus conclusiones como es de ver en los informes y dictámenes en liza.

En todo caso, como ya conocen, advierten y van reconociendo las partes, efectivamente este tribunal se va a decantar por la prueba pericial practicada por el perito designado judicialmente Don [REDACTED] y de la forma que, en su caso, este tribunal irá indicando y que a no dudarlo por sus explicaciones gozan de la suficiente fuerza de convencimiento y adornado todo ello con las máximas notas y garantías de imparcialidad y lejanía de la relación con las partes del proceso.

4.- Dos perspectivas estimatorias cabe destacar en el presente caso, la vulneración del parámetro ocupación y la distancia a límites de parcela por lo que procede no perder de vista en especial los fundamentos jurídicos Tercero y Sexto cuyo reto sentido obliga a tener en cuenta tanto lo edificado o construido sobre (sic) y bajo (sic) rasante.

Y así procede destacar que el perito designado judicialmente va desglosando lo dictaminado a 3 de marzo de 2015 y a 17 de enero de 2017 y atendiendo a la establecido en la Sentencia de cuya ejecución se trata en atención a la normativa aplicable en su momento concreta que no existe ajuste con la Sentencia pues se vulnera la franja de los límites edificatorios con elementos constructivos innecesarios (muros de contención, pavimentos, voladizos, cuerpos salientes y plataformas de pavimentos en la zona denominada de acceso en una superficie de 607,51 m²) concluyendo que se vulnera el parámetro de espacio de separación a límites y el parámetro de ocupación de parcela por existir elementos fuera de la proyección del edificio en planta baja y todo ello corroborado con las aclaraciones que se le formularon.

Y además el perito designado judicialmente examinando el caso desde en nuevo Plan de Ordenación Urbanística Municipal tampoco se ajusta a su normativa en esos dos parámetros de espacio de separación a límites y de ocupación de parcela en los términos que procede dar por reproducidos.

Pues bien, este tribunal debe concluir que el convencimiento recae

precisamente en esas apreciaciones por lo que hace referencia a la debida ejecución de la sentencia recaída que es lo que debe ocuparnos y en incisiva mención a que lo dictaminado se ajusta a lo decidido judicialmente tanto sobre como bajo rasante y cuando debe estarse al régimen urbanístico anterior y a los fines de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, mediante las oportunas medidas de reposición, que en modo alguno permiten mantener obras, estructuras o instalaciones cuya demolición y desaparición del mundo jurídico procede.

Es mas, seguramente se buscaba lograr algún pronunciamiento judicial para una legalización a basamentar temporalmente con la nueva ordenación urbanística pero tal posibilidad que no procede según lo expuesto tampoco tiene expectativa saludable alguna cuando lo dictaminado inclusive descarta esa posibilidad.

Señor Jefe de Sala

Con todo ello y en atención a las características del presente caso debe llegarse a la conclusión que efectivamente nos hallamos ante una actuación que ha tratado de burlar y eludir el cumplimiento de la Sentencia y pronunciamientos firmes recaídos de tal suerte que merece ser estimada la nulidad de pleno derecho pretendida del Acuerdo de 2 de mayo de 2017 la Junta de Govern Local del Ayuntamiento de Taradell dictó Acuerdo por virtud del que, en esencia, se acordó "Aprovar el projecte bàsic i executiu REFORMAT II per la legalització i adequació de les obres emparades per la llicència atorgada per Acord de la Junta de Govern Local de Taradell de 2.2.2007 a les disposicions de la Sentència 890 de la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 5.12.2012" y debiendo continuar la ejecución hasta que se vuelva a la situación anterior con la demolición y desaparición del mundo jurídico de los elementos reseñados por la prueba pericial aludida.

No en cambio cabe estimar lo pretendido en relación con el Acuerdo de 4 de septiembre de 2017 de adjudicación de obras a tercero para ese proyecto ya que esa materia afectant a tercero no se ha seguido debidamente contra ese tercero si bien con el importante añadido que esa materia en modo alguno perjudica la debida ejecución de la sentencia que corresponde llevar a cabo a la mayor brevedad.

Por todo ello, procede estimar parcialmente el presente recurso de apelación en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva.

CUARTO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 y atendida la estimación parcial acaecida, sin que se aprecien méritos en contrario, no procede condenar en costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

ESTIMAMOS SUSTANCIALMENTE el presente recurso de apelación interpuesto a nombre de Don [REDACTED] contra el Auto de 20 de julio de 2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona nº 1, recaído en los autos 24/2017, cuya parte dispositiva, en la parte menester, estableció "DESESTIMO INTEGRAMENTE el incidente de declaración de nulidad del Acuerdo de la Junta de Govern Local de l'AJUNTAMENT DE TARADELL de fecha 2/05/2017", **QUE SE REVOCA Y SE DEJA SIN EFECTO Y EN SU LUGAR SE ESTIMA EL INCIDENTE PROMOVIDO POR LA PARTE ACTORA EJECUTANTE EN EL SENTIDO DE ESTIMAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO PRETENDIDA DEL ACUERDO DE 2 DE MAYO DE 2017 LA JUNTA DE GOVERN LOCAL DEL AYUNTAMIENTO DE TARADELL DICTÓ ACUERDO POR VIRTUD DEL QUE, EN ESENCIA, SE ACORDÓ "APROVAR EL PROJECTE BÀSIC I EXECUTIU REFORMAT II PER LA LEGALITZACIÓ I ADEQUACIÓ DE LES OBRES EMPARADES PER LA L·LICÈNCIA ATORGADA PER ACORD DE LA JUNTA DE GOVERN LOCAL DE TARADELL DE 2.2.2007 A LES DISPOSICIONS DE LA SENTÈNCIA 890 DE LA SALA DEL CONTENCIÓS ADMINISTRATIU DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 5.12.2012" Y DEBIENDO CONTINUAR LA EJECUCIÓN HASTA QUE SE VUELVA A LA SITUACIÓN ANTERIOR CON LA DEMOLICIÓN Y DESAPARICIÓN DEL MUNDO JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS RESEÑADOS POR LA PRUEBA PERICIAL DE SEIGNACION JUDICIAL ALUDIDA. SE DESESTIMAN EL RESTO DE PRETENSIONES.**

No se condena en las costas del presente recurso de apelación a ninguna de las partes.

La presente Sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación 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.

Remítanse al Juzgado de procedencia las actuaciones recibidas con certificación de la presente sentencia y atento oficio para que se lleve a efecto lo resuelto.

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

4893447