

Fec. Recepción: 22/12/2021 [12:51:05]
Notificado el: 23/12/2021
Asunto: [REDACTED]
Autos: [REDACTED]
Letrado Dir.: [REDACTED]
Cliente: [REDACTED]
Tribunal: Tsjc seccion 5ª
Procedim.: Recurso de apelación

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
SECCIÓ CINQUENA**

Rotlle d'apel·lació núm. 223/2021

SENTÈNCIA Núm. 5043/2021

II·lms. Srs. i Sres.

[REDACTED]

[REDACTED]

A la ciutat de Barcelona, 21 de desembre de 2021

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (secció cinquena) ha pronunciat la següent sentència en el recurs d'apel·lació núm. 223/2021

[REDACTED] rador [REDACTED] i dirigida pel lletrat Sr. [REDACTED] da l'Ajuntament de Barcelona, representat pel procurador [REDACTED] i dirigit per la lletrada consistorial Sra. [REDACTED]

Ha estat ponent el magistrat [REDACTED] que expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS

PRIMER.- Al recurs contenciós administratiu nú [REDACTED] seguit davant el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 9 de Barcelona, es va dictar sentència en data 8 de gener de 2021 que va desestimar el recurs interposat.

SEGON.- La representació de l'actora va interposar recurs d'apel·lació contra l'anterior sentència mitjançant el qual va demanar sentència que revoqui i deixi sense efecte la resolució impugnada.

Hom fonamenta el recurs en els següents motius:

A/ La resolució va ser dictada per òrgan manifestament incompetent, atès que el Decret 52/97 limita la competència municipal a la imposició de sancions d'un màxim de 6.000 euros; una norma que no ha estat derogada fins que així ho ha establert expressament el Decret 75/20, en el ben entès que en tot cas els òrgans competents per a tramitar i resoldre el procediment sancionador s'han de determinar mitjançant reglament, com així ho imposa l'art 99 de la Llei 13/02; i

B/ La infracció dels principis de legalitat sancionadora, tipicitat, reserva de Llei, irretroactivitat i seguretat jurídica, atès que l'Administració va alterar la naturalesa de la infracció aplicada, essent així que ni l'acord de la comissió de govern municipal que va suspendre la concessió d'habilitacions per a l'activitat d'habitatge d'ús turístic podia afectar l'habilitació mitjançant declaració responsable d'acord amb l'article 73.1 TRLU, ni tampoc ho podia fer el Pla especial urbanístic per a la regulació d'establiments turístics que es va aprovar posteriorment als fets imputats i que ha estat declarat nul per aquest Tribunal Superior de Justícia, a banda que el tipus infractor de l'article 89.a/ no inclou els elements suficients per donar satisfacció al principi de legalitat sancionadora, sense que sigui possible completar el tipus infractor per referencia a acords de suspensió de llicències o al Pla especial urbanístic esmentat.

TERCER.- El recurs va ser admès a ambdós efectes i va ser traslladat a la representació de l'Ajuntament de Barcelona, que s'hi va oposar tot demanant la desestimació del recurs d'apel·lació, la confirmació de la sentència apel·lada i la imposició de les costes processals a l'actora.

QUART.- Un cop es van elevar les actuacions a aquesta Sala, es va formar el corresponent rotlle d'apel·lació, es va designar magistrat ponent i, atès que no es va demanar la recepció a prova en aquesta alçada ni la celebració de vista, es va assenyalar data per a la votació i resolució del recurs.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- L'actora va impugnar en el seu moment la desestimació per silenci administratiu de la sol·licitud de revisió d'ofici que havia presentat pel que fa a la proposta de resolució referida a una sanció de 30.001 euros, proposta aquesta subscripta en data 22 de juny de 2017 pel director de llicències i inspecció del Districte Sants - Montjuic de Barcelona en qualitat d'instructor de l'expedient administratiu. El Jutjat d'instància va desestimar l'anterior recurs.

La sentència descarta les successives al·legacions de la actora en els següents termes: Pel que fa al fet que la resolució va ser dictada per òrgan manifestament incompetent, argumenta que no era aplicable al cas el límit sancionador del Decret 52/97 atès que la Llei 13/02 de Turisme va atribuir als municipis competències sancionadores sense mes limitacions que les establertes en matèria de règim local, essent així que l'article 4 de la Llei 7/85 i l'article 13 de la Llei de carta municipal de Barcelona admeten la potestat municipal per desconcentrar les competències que quedin assignades genèricament al municipi, com va succeir en aquest cas mitjançant decret de l'Alcaldia de 19 de març de 2015 que va desconcentrar aquesta potestat en els gerents i regidors de districte, no essent exigible una norma reglamentària a l'efecte.

Pel que fa als principis de legalitat i tipicitat, considera el Jutjat que el tipus infractor aplicat; això és, el tipus establert a l'article 89.a/ de la Llei de Turisme, és prou precís i va ser objecte d'imputació des d'un bon inici, essent així que la possibilitat d'exercici de l'activitat sancionada depèn dels usos urbanístics, i en aquest cas l'habilitació per a l'ús d'habitatge turístic estava afectada per uns acords de suspensió d'implantació d'activitats i també per efecte del Pla especial de regulació dels habitatges d'ús turístic.

En allò que es refereix al principi de proporcionalitat de la sanció, la sentència posa de manifest que la multa imposada és la mínima prevista per a les infraccions molt greus.

Finalment, pel que fa al principi d'igualtat en relació a les sancions que aplica la Generalitat de Catalunya, posa de manifest que l'Ajuntament no va sancionar en base a l'article 36.a/ de la Llei de Turisme sinó que es va limitar a aplicar el tipus infractor en els termes legalment previstos.

Els fets rellevants a considerar són els següents:

- En data 5 d'octubre d [REDACTED] rcici d'una activitat de pis turístic al [REDACTED]
- En data 19 d'abril de 2017 el gerent del districte Sants Montjuic va disposar la incoació d'un expedient sancionador a l'actora en relació a la infracció de l'article 89.a/ de la Llei 13/02 de Turisme de Catalunya.
- En data 22 de juny de 2017 l'instructor va formular proposta de resolució referida a una sanció de 30.001 euros.
- L'actor va abonar voluntàriament la sanció amb el descompte del 50% previst a l'efecte.

SEGON.- L'actora fonamenta aquest recurs d'apel·lació en un primer motiu en el sentit que la resolució va ser dictada per òrgan manifestament incompetent, atès que el Decret 52/97 limita la competència municipal a la imposició de sancions d'un màxim de 6.000 euros; una norma que no ha estat derogada fins que així ho ha establert expressament el Decret 75/20, en el ben entès que en tot cas els òrgans

competents per a tramitar i resoldre el procediment sancionador s'han de determinar mitjançant reglament, com així ho imposa l'article 99 de la Llei 13/02.

Doncs be, hem de reiterar en aquest punt l'argumentació que desplega a sentència d'instància.

En efecte, d'acord amb el que disposa l'article 68.e/ de la Llei 13/02, de turisme de Catalunya, correspon als Ajuntaments l'exercici de la funció inspectora i també la potestat sancionadora sobre les activitats turístiques que es despleguin al seu terme municipal.

Cal precisar en primer lloc que allò que impugna l'actora és una proposta de resolució; això és, un acte d'instrucció del procediment sancionador; en ben entès que, d'acord amb el que disposa de l'article 105.bis de la Llei 13/02, allò que en aquest cas va posar fi a al procediment sancionador va ser el pagament de la sanció proposada.

No es qüestiona la competència municipal per instruir el procediment, el que inclou la formulació d'una proposta de resolució, de forma que no es pot imputar a l'Ajuntament demandat una eventual manca de competència per dictar una resolució sancionadora que no s'ha arribat a dictar precisament com a conseqüència dels actes de la recurrent.

En segon lloc, no pot haver dubte que la Llei 13/02 va modificar el regim jurídic relatiu a la competència per sancionar vigent a la precedent Llei 1/90, de disciplina del mercat i defensa dels consumidors i usuaris.

L'article 29 de l'antiga norma limitava la capacitat sancionadora de les corporacions locals al límit màxim d'un milió de pessetes, límit que el Decret 52/97 va esglaonar en funció del nombre d'habitants.

Per contra i com s'ha vist, la nova Llei de Turisme atribueix als municipis una capacitat sancionadora en general. Certament, l'article 99 es remet a un futur reglament per tal de precisar les competències municipals, però ho fa partint d'una atribució general de la potestat sancionadora als municipis i un reenviament específic a la normativa del règim local.

En aquest context, no es pot invocar una limitació dels municipis pel que fa a la quantia sancionadora en base al Decret 52/97 a partir del moment en que la Llei que desplega aquesta disposició va quedar derogada. Altra cosa és que aquest Decret hagi pogut sobreviure en altres aspectes fins a la seva derogació expressa mitjançant el Decret 75/20.

Cal remarcar en aquest sentit que el nou reglament aprovat mitjançant Decret 75/20 ha mantingut aquesta atribució general de la potestat sancionadora als municipis que du a terme la Llei 13/02 sense mes precisions que el respecte als límits quantitatius previstos per als òrgans de la Generalitat de Catalunya -articles 631.3 i 631.6, amb remissió explícita al regim específic de l'Ajuntament de Barcelona -article 631.4-.

Conseqüentment, un cop atribuïda la competència general al municipi, a competència correspon a l'Alcalde en tant que funció purament executiva -article 21 de la Llei 7/85-, sense perjudici de la seva desconcentració interna o delegació com va succeir en aquest cas, d'acord amb que preveu l'article 13, apartats 1.m/ i 2/ de Llei 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona

TERCER.- En segon lloc, l'actora reitera la seva al·legació referida a la infracció dels principis de legalitat sancionadora, tipicitat, reserva de Llei, irretroactivitat i seguretat jurídica. Argumenta en aquest sentit que l'Administració va alterar la naturalesa de la infracció aplicada, essent així que ni l'acord de la comissió de govern municipal que va suspendre la concessió d'habilitacions per a l'activitat d'habitatge d'ús turístic podia afectar l'habilitació mitjançant declaració responsable d'acord amb l'article 73.1 TRLU, ni tampoc ho podia fer el Pla especial urbanístic per a la regulació d'establiments turístics que es va aprovar posteriorment als fets imputats i que ha estat declarat nul per aquest Tribunal Superior de Justícia, a banda que el tipus infractor de l'article 89.a/ no inclou els elements suficients per donar satisfacció al principi de legalitat sancionadora, sense que sigui possible completar el tipus infractor per referencia a acords de suspensió de llicències o al Pla especial urbanístic esmentat.

Així doncs, aquesta al·legació es subsumeix en el dret fonamental a la tipicitat penal de l'article 265 de la Constitució.

L'actora no discuteix que l'exercici de l'activitat estigui sotmesa a una prèvia declaració responsable. El que planteja és, en primer lloc, que l'activitat no estava afectada per la suspensió de llicències ni pel pla especial, de forma que era inicialment admissible. En segon lloc, que el tipus infractor és incomplert.

Cal fer notar que, en efecte, la proposta de resolució inicialment emesa es refereix a dos plans especials, el Pla especial urbanístic per a la regulació dels habitatges d'ús turístic i el Pla especial de regulació dels establiments d'allotjament turístic, alberg de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'ús turístic de Barcelona.

Certament la referència a aquest segon pla és sobrerera doncs es va aprovar posteriorment als fets que eren objecte d'imputació. En allò que es refereix al primer dels plans especials, la proposta de resolució invoca el mateix a propòsit de la suspensió de les llicències. No s'argumenta que l'esmentat pla fes del tot impossible l'exercici d'aquesta activitat.

Per tant, la qüestió és si la suspensió de llicències i comunicacions per a l'activitat d'habitatges d'ús turístic permet aplicar a l'exercici d'aquesta activitat el tipus molt greu de l'article 89.a/ de la Llei 13/02.

Doncs bé, hem abordat aquesta qüestió en la recent sentència dictada en el recurs núm. 251/18 en els termes següents, que donem ací per reproduïts:

“L’article 88.a/ de la Llei 13/02, de Turisme de Catalunya, qualifica com a infracció greu “Exercir activitats o prestar serveis turístics sense complir les obligacions que estableix el article 36.a o sense disposar l’habilitació a que fa referencia el art. 65.”

Per la seva banda, l’article 89.a/ de la mateixa norma tipifica com a infracció molt greu “Prestar o exercir activitats o serveis turístics sense disposar dels requisits o de les condicions legalment establertes per a obtenir l’habilitació corresponent”.

No hi ha dubte que la situació comprovada era susceptible d’encaix en la infracció de l’article 88.a/, ja que l’actor desplejava l’activitat de pis turístic sense haver cursat la comunicació prèvia corresponent.

També és cert que, en el moment de la infracció, l’accés a l’activitat no hagués estat possible doncs, mitjançant acords de 30 d’abril, 10 de setembre i 22 d’octubre de 2014, l’Ajuntament de Barcelona havia suspès l’atorgament de llicències i comunicacions per a l’obertura d’habitatges d’ús turístic. Una decisió que tenia la cobertura legal de l’article 73.1 del text refós de la Llei d’Urbanisme de Catalunya. Per tant, es pot admetre que estem davant una restricció legalment establerta que impedia obtenir en aquell moment l’habilitació corresponent per a l’exercici de l’activitat.

En aquest sentit i des d’un punt de vista formal, els fets serien igualment susceptibles d’encaix en la infracció de l’article 89.a/, com defensa la representació municipal.

Doncs bé, essent totes dos interpretacions inicialment plausibles, hem de considerar que el tipus infractor que es correspon a la situació és el de la infracció greu prevista a l’article 88.a/ de la Llei 13/02.

En efecte, la diferència entre els dos tipus infractors és que l’article 88.a/ es refereix a habitatges que compleixen els requeriments materials per exercir l’activitat, encara que no disposen del requeriment formal com és la comunicació o la declaració responsable. Per la seva banda, el tipus de l’article 89.a/ es refereix a la situació en la que el pis turístic no sols no disposa de títol habilitant sinó que, a banda, no compleix els requeriments materials per exercir l’activitat. En aquest context, cal tenir en compte que la suspensió de llicències és una decisió excepcional i provisional que opera com un obstacle formal a l’exercici de l’activitat, no com un obstacle material atès que no afecta els requeriments substantius establerts a l’efecte per l’article 67 del Decret 159/2012, en un context de llibertat d’establiment com és el cas d’acord amb la Llei 17/09.

Dit en altre paraules, si el pis compleix objectivament les condicions materials de l’activitat però no es va efectuar la comunicació prèvia, estem en el pressupòsit material de l’il·lícit de l’article 88.a/, i aquesta situació no pot quedar modificada per una decisió municipal de suspensió de llicències, que és una decisió conjuntural, extraordinària i adreçada a una finalitat diferent a la que és pròpia del regim sancionador que ens ocupa.

Cal afegir finalment que, estant com estem davant l'exercici de la potestat sancionadora, escau una interpretació pro reo com la que va abonar la sentència apel·lada.”

Un plantejament que reiterem en aquesta sentència, amb una única precisió en el sentit que en el moment que es va constatar la infracció la Llei 16/15, de l'activitat econòmica, sotmetia aquesta activitat a una declaració responsable.

Les anteriors consideracions ens porten a estimar parcialment el present recurs d'apel·lació, en el sentit d'aplicar al cas el tipus infractor establert a l'article 88.a/ de la Llei 13/02, tot reduint la sanció proposada a una multa de 3.001 euros atès que no s'han aportat circumstàncies que permetin graduar dita sanció mes enllà del mínim legalment previst de 3.001 euros.

QUART.- No s'aprecien les circumstàncies determinats per a la imposició els costos processals.

Atesos els fonaments esmentats,

HEM RESULT

rcialment el recurs d'apel·lació interposat per la [REDACTED] tot revocant la sentència apel·lada i anul·lar la p [REDACTED] impugnada en allò que es refereix al tipus infractor i a la sanció proposada, que es fixa en una multa de 3.001 euros.

Segon.- No efectuar pronunciaments sobre les costes processals.

Notifiquen aquesta sentència, que no és ferma. Contra la mateixa es pot deduir, si s'escau, recurs de cassació davant d'aquesta Sala de conformitat amb allò que es disposa a la secció 3ª, capítol III, títol IV de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció contenciós administrativa (LJCA). El recurs s'haurà de preparar en el termini previst a l'article 89.1 LJCA.

Alhora, s'adverteix que al BOE nº 162, de 16 de juliol de 2016, apareix publicat l'acord de 20 d'abril de 2016 de la Sala de govern del Tribunal Suprem sobre l'extensió màxima i altres condicions extrínseques dels escrits processals referits al recurs de cassació.

Porteu-ne testimoniatge a les actuacions principals.

Així, per aquesta nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- El dia d'avui i en audiència pública, l'Il·lm. Sr. Magistrat Ponent ha llegit i publicat la sentència anterior. En dono fe.