



Roj: **STSJ CAT 10211/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:10211**

Id Cendoj: **08019330052011100634**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **22/07/2011**

Nº de Recurso: **373/2009**

Nº de Resolución: **535/2011**

Procedimiento: **Recurso ordinario (Ley 1998)**

Ponente: **MIGUEL HERNANDEZ SERNA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Procedimiento Ordinario nº 373/2009**

**SENTENCIA Nº 535/2011**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente**

**DON JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO**

**Magistrados**

**DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA**

**DON JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA**

**DON MIGUEL HERNÁNDEZ SERNA**

En la Ciudad de Barcelona, a 22 de julio de 2011.

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA)** ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo nº **373/2009**, interpuesto por la ASSOCIACIÓ DE PROMOTORS, CONSTRUCTORS I CONSTRUCTORS D'EDIFICIS DE BARCELONA I PROVINCIA, representada por el procurador D. Ivo Ranera Cahis y asistida por la letrada D<sup>a</sup>. Carolina Mirapeix, siendo parte demandada el AYUNTAMIENTO DE **BERGA**, representado por el procurador D. Albert Ramentol Noria y asistido por el letrado D. J.M. Llauradó i Olivella.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MIGUEL HERNÁNDEZ SERNA, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación de la parte actora interpuso mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Sala el 10 de septiembre de 2009 recurso contencioso-administrativo contra el Reglamento (sic) para determinar la condición de viviendas desocupadas con carácter permanente a los efectos de incentivar su incorporación al mercado de alquiler, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de **Berga** el 7 de mayo de 2009 y publicada en el BOP de Barcelona el 13 de julio de 2009.

**SEGUNDO.-** Recabado el expediente administrativo, se dio nuevo traslado a la actora para la formulación de demanda, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando a la Sala:



"Que (...) se dicte Sentencia por la que se anule, por contrario al ordenamiento jurídico, el Reglamento aprobado por el Ayuntamiento de **Berga** para determinar la condición de viviendas desocupadas con carácter permanente a los efectos de incentivar su incorporación en el mercado de alquiler".

**TERCERO.**- Conferido traslado de la demanda a la Administración demandada, ésta presentó la oportuna contestación a la demanda, en la que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando a la Sala que:

"(...) dicti sentència per la qual declari inadmissible el present recurs, o subsidiàriament, dicti Sentència per la qual desestimí el recurs i la demanda articulada, declarant l'acte administratiu recorregut (sic) ajustat a Dret".

**CUARTO.**- Al no haberse solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, en las que reiteraron sus respectivas pretensiones, tras lo cual se señaló fecha para votación y fallo.

**QUINTO.**- En la sustanciación del recurso se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Tal y como se ha anticipado en los antecedentes de hecho, el presente recurso se dirige contra la Ordenanza (autodenominada "Reglamento") para determinar la condición de viviendas desocupadas con carácter permanente a los efectos de incentivar su incorporación al mercado de alquiler, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de **Berga** el 7 de mayo de 2009 y publicada en el BOP de Barcelona el 13 de julio de 2009.

**SEGUNDO.**- Sin embargo, antes de examinar los motivos de fondo aducidos por la asociación recurrente, debemos pronunciarnos sobre la causa de inadmisibilidad opuesta por el Ayuntamiento en la contestación a la demanda.

Alega la Administración que no se ha aportado el acuerdo del órgano competente de la asociación recurrente para interponer el presente recurso, como exige el art. 45.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), lo que debe conducir a una declaración de inadmisibilidad conforme al art. 69 b) de la misma Ley. Es cierto que dicho acuerdo no se había acompañado al escrito de interposición del recurso, pero el 8 de octubre de 2009 la entidad recurrente aportó certificación acreditativa de la aprobación por la Junta general extraordinaria celebrada el 28 de julio de 2009 del acuerdo de interponer recurso contencioso administrativo contra la ordenanza aquí impugnada. Por tanto, se ha subsanado el defecto advertido y la causa de inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento de **Berga** debe ser rechazada.

**TERCERO.**- Despejados los óbices procesales, estamos en condiciones de adentrarnos en los motivos de impugnación aducidos por el actor. El recurso se dirige contra la definición de inmueble desocupado contenida en el art. 2 que se hace con una doble finalidad, plasmada en el art. 1 de la Ordenanza.

Según el art. 2.1:

"Es considerará que un immoble de caràcter residencial es troba desocupat amb caràcter permanent als efectes d'aquest reglament quan no es trobi efectivament ocupat durant més de nou mesos en el curs d'un exercici".

Esta definición, como decíamos, se hace con un doble objeto, y contra cada uno de ellos se formula en demanda un motivo de impugnación. Para una mejor comprensión del recurso conviene reproducir el art. 1, en el que se expresan con claridad los dos ámbitos sobre los que la disposición se proyecta:

"Article 1. Objecte i àmbit d'aplicació

1.1. El present reglament té per objecte la regulació de les condicions per determinar els immobles de caràcter residencial desocupats amb caràcter permanent per inscriure en el Registre municipal d'Immables desocupats i incentivar la seva posada en el mercat.

1.2. L'aplicació del recàrrec de fins al 50% de la quota líquida de l'impost de béns immobles als que compleixen les condicions assenyalades d'acord amb el que estableix l'article 72.4 del RDL 2/2004, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals".

**CUARTO.**- El primer motivo del recurso se dirige contra esta segunda finalidad. El recurrente considera que el Ayuntamiento no tiene competencia para definir las condiciones por las que se entiende que un inmueble está desocupado a efectos de aplicar el recargo del 50 por ciento de la cuota líquida del IBI prevista en el art. 72.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL), ya que este precepto remite a las "condiciones que se determinen reglamentariamente" y esta mención al Reglamento -y no a una ordenanza- implica que el desarrollo de este concepto se reserva al Gobierno de la Nación.



En contra de esta opinión, el Ayuntamiento defiende la validez del precepto con dos argumentos. En primer lugar, cita la sentencia de la Sección 1ª de esta Sala de 6 de noviembre de 2008 (rec. 344/2008), en la que (con cita de otras) se desestimó el recurso interpuesto contra una Ordenanza similar. Y en segundo término sostiene que la competencia del Ayuntamiento para calificar los inmuebles de uso residencial desocupados se deriva del art. 77 TRLHL.

La resolución de este motivo exige partir del tenor literal del art. 72.4 TRLHL, que es la norma donde se prevé el recargo que quiere aplicar el Ayuntamiento. Según este artículo (párrafos 3º y 4º):

*"Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 % de la cuota líquida del impuesto.*

*Dicho recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo y al que resultarán aplicable, en lo no previsto en este párrafo, sus disposiciones reguladoras, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble, juntamente con el acto administrativo por el que ésta se declare".*

El único objeto de debate, por tanto, se reduce a decidir si la expresión "por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente" remite a un Reglamento estatal o a una ordenanza municipal. En esta cuestión, debemos partir de que la Ley aplicada regula precisamente los tributos municipales, por lo que cuando quiere dejar margen a los Ayuntamientos para regular ciertos aspectos de tales tributos lo dice expresamente. Sin ir más lejos, el párrafo 2º del mismo art. 72.4 dispone que "los ayuntamientos respectivos podrán incrementar los tipos fijados" en la ley, y remite directamente a la "ordenanza fiscal" la fijación del umbral del valor catastral a partir del cual pueden aplicarse los tipos incrementados que prevé. Y en otros muchos preceptos se repiten fórmulas semejantes con la misma finalidad (v. gr. arts. 20, 34, 62.3, 74, 87, 88.2, 95.6, 102.3, 103.2, 107.4, etc...). Por eso, cuando el TRLHL no alude expresamente a los Ayuntamientos o a las ordenanzas municipales para regular ciertas cuestiones de los tributos locales, sino que deja su desarrollo a un "reglamento", como hace en el art. 72.4.3º (o en el art. 95.3, por poner otro ejemplo), debe entenderse que con ello se está remitiendo con precisión a las normas que aprueba el Gobierno central, pues sólo éstas reciben el nombre técnico de "reglamentos" (aparte de las que aprueban los gobiernos autonómicos, por supuesto).

Las sentencias y normas citadas por el Ayuntamiento no contradicen esta conclusión. La sentencia de la Sección 1ª de 6 de noviembre de 2008 se pronunciaba sobre un caso muy distinto, pues la Ordenanza allí impugnada no definía las condiciones que debían reunir los inmuebles de uso residencial para entender que se encontraban en la situación descrita en el art. 72.4 TRLHL, sino que se limitaba a prever la aplicación del recargo del 50 por ciento previsto en la Ley a dichos inmuebles "cuando cumplan las condiciones que se determinen reglamentariamente". Por tanto, dejaba a salvo la competencia del Gobierno sobre este particular y se limitaba "a manifestar su voluntad de exigir ese recargo [para] cuando se apruebe el Reglamento correspondiente" (STSJ cit., FJ 3). Y el art. 77.5 TRLHL recoge la competencia de los Ayuntamientos en materia de "gestión tributaria del impuesto", por lo que la mención a la "calificación de inmuebles de uso residencial desocupados" debe ponerse en relación con el art. 72.4.4º (antes transcrito) que prevé que la exacción y liquidación del recargo exige una previa "declaración" de la desocupación del inmueble. Es decir, que este artículo atribuye a los Ayuntamientos, y no a la Administración del Estado, la competencia para aplicar al caso concreto los conceptos fijados por el Reglamento estatal, pero no para desarrollar el concepto legal, que debe hacerse por "reglamento" del Estado. Esto es lo que técnicamente significa "calificación" por otra parte: la operación de subsumir los hechos en los conceptos fijados por las normas jurídicas.

Por todo ello debe entenderse que el Ayuntamiento no tiene competencia para desarrollar el concepto de "inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente" previsto en el art. 72.4 TRLHL y en consecuencia el primer motivo debe ser estimado.

**QUINTO.-** El recurrente denuncia en segundo lugar que el concepto de residencia desocupada del art. 2 de la ordenanza infringe además el art. 3 c) de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (LDV).

Pudiera pensarse que este motivo ha quedado sin objeto al haberse estimado el anterior. Sin embargo, el alcance de la declaración de nulidad vinculada a la estimación del primer motivo debe quedar reducido a los preceptos de la ordenanza relativos a la aplicación el recargo del IBI (arts. 1.2, 3, segundo inciso, 5 y disposición transitoria). Es posible, por tanto, que la definición de vivienda desocupada del art. 2 de la ordenanza pueda pervivir solamente a los efectos de incentivar la puesta en el mercado de las viviendas desocupadas (art. 1.1). Como este segundo motivo se dirige precisamente contra esta segunda finalidad, mantiene toda su vigencia y debe ser examinado por el Tribunal.



La Ley 18/07 tiene por objeto regular al derecho a una vivienda digna y adecuada establecido en la Constitución (art. 1 de la Ley). Para ello, entre otras medidas, declara que la desocupación permanente de una vivienda constituye es una "situación anómala" (art. 41) que habilita a las Administraciones competentes en la materia para instruir un expediente y conocer los hechos por los que se produce esa falta de ocupación y, si se confirman, adoptar medidas de distinto calado con el objetivo de incentivar su ocupación y penalizar su desocupación injustificada, entre las cuales se prevén medidas de fomento (subvenciones) y medidas fiscales (arts. 41 y 42). E incluso, si llega el caso de incumplimiento de la función social de la propiedad, estas medidas pueden desembocar en el alquiler forzoso de la vivienda o en la expropiación del usufructo (arts. 5 y 42.6). La competencia para impulsar y coordinar esta clase de políticas se atribuye a la Comunidad Autónoma ( arts. 7 y 42.1), sin perjuicio de la autonomía de los entes locales para el ejercicio de sus competencias en materia de "protección y gestión de viviendas" que les reconoce la legislación de régimen local [ arts. 8 LDV y 25.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local ].

El concepto de "vivienda vacía" del que dependen todas estas medidas está definido en el art. 3 d) de la Ley 18/07 , según el cual vivienda vacía es:

*"la vivienda que queda desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A tal efecto, son causas justificadas el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia, el abandono de la vivienda en una zona rural en proceso de pérdida de población y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución".*

Así pues, frente a un concepto legal que establece que la situación de desocupación de una vivienda que permite adoptar medidas de fomento o intervención exige al menos dos años de desocupación, la ordenanza prevé que la desocupación de la vivienda durante nueve meses en el curso de un ejercicio basta para adoptar esta clase de medidas, lo cual infringe lo dispuesto en la Ley 18/2007.

Esta regulación diferente de la ordenanza no puede ampararse en la autonomía local, como defiende el Ayuntamiento, porque la competencia de los Ayuntamientos en materia de "promoción y gestión de viviendas" se atribuye "en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas" (art. 25.2 LBRL).

Por ello, los preceptos de la ordenanza dirigidos a la finalidad de incentivar la puesta en el mercado de las viviendas son igualmente nulos, esta vez por infringir los arts. 3 c ), 41 y 42 de la Ley 18/2007 , del derecho a la vivienda.

En consecuencia, debemos declarar la nulidad de toda la ordenanza municipal, tal y como solicita el recurrente.

**SEXTO.-** No concurren circunstancias de mala fe o temeridad para la imposición de costas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

1.- **ESTIMAR** el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la ordenanza para determinar la condición de viviendas desocupadas con carácter permanente a los efectos de incentivar su incorporación al mercado de alquiler, aprobada por el Ayuntamiento de **Berga** el 7 de mayo de 2009 y publicada en el BOP de Barcelona de 13 de julio de 2009, que se declara nula por no ser conforme a Derecho.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación, que se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.