



Roj: **STSJ AND 11170/2008 - ECLI:ES:TSJAND:2008:11170**

Id Cendoj: **41091330022008101327**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **30/09/2008**

Nº de Recurso: **404/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

DON MANUEL MORENO ONORATO, Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo en **Sevilla**

del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

CERTIFICO: Que en el recurso de que se hará expresión se ha dictado por la Sala la siguiente:

### **SENTENCIA**

ILMOS. SRES.

D. Antonio Moreno Andrade.

D. Eduardo Herrero Casanova.

D. José Antonio Montero Fernández.

En **Sevilla**, a 30 de septiembre de 2008

La Sección Segunda de la Sala de Lo Contencioso Administrativo con sede en **Sevilla** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los magistrados que al margen se expresan, ha visto en el nombre del Rey el recurso de apelación rollo nº 404/08 contra sentencia recaída en Procedimiento Ordinario seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de **Sevilla**, promovido por la ASOCIACIÓN DE VECINOS BERMEJALES 2000, representado por el Proc. Sr. López de Lemus, actuando como partes apeladas el AYUNTAMIENTO DE **SEVILLA**, representado por el Sr. Letrado de sus servicios jurídicos, la GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO DEL AYUNTAMIENTO DE **SEVILLA**, representada por el Sr. Letrado de sus servicios jurídicos, y la COMUNIDAD ISLÁMICA EN ESPAÑA, representada por la Proc. Sra. Mora Rodríguez. Ha sido ponente el Ilmo Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Es objeto del recurso contencioso-administrativo acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de **Sevilla**, de 10 de marzo de 2005, por el que se autoriza la adjudicación gratuita de un derecho de superficie, a favor de la Comunidad Islámica en España sobre parte de la parcela S2, calificada de SIPS, en el SUP-GU-4 (Bermejales Sur), para la construcción de una **mezquita**.

En 28 de noviembre de 2008, se dictó sentencia en primera instancia, desestimatoria de la pretensión articulada.

SEGUNDO: Contra la citada sentencia se presentó recurso de apelación por la parte recurrente, al entender que el acuerdo es nulo por haberse cedido dicho derecho de superficie sobre un bien inmueble de dominio público, así mismo se trata de un sistema general cuya ubicación no puede hacerse en una parcela destinada a dotaciones locales.

Las partes apeladas se oponen al considerar que se trata de un bien patrimonial, habiéndose seguido el procedimiento estatuido al efecto, y que dentro de los usos del SIPS se halla el uso religioso. Añade la



Comunidad Islámica en España, que el recurso de apelación es inadmisibile por la cuantía y que no es posible entrar sobre la naturaleza del inmueble, al haberse excedido en Juzgador de Instancia al plantear la tesis.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La alegación de la parte Comunidad Islámica en España sobre la inadmisibilidad del recurso de apelación, resulta a todas luces contradictorio con su anterior proceder procesal y poco acorde con la exigencia de buena fe que debe presidir la conducta de las partes ante los Tribunales. Así es, no es posible entender como ahora aboga por la inadmisibilidad del recurso de apelación por la cuantía, cuando en el momento procesal de su fijación, abogó porque se fijara una cuantía de 315.249,9 euros. Con todo, resulta incuestionable que en el auto del Juzgado de 12 de julio de 2006, se fijó la cuantía como indeterminada, pero es evidente que el valor económico de la pretensión, anulación del acuerdo de adjudicación gratuita de un derecho de superficie por 75 años, de una parcela de 6.000 m<sup>2</sup>, aún siendo indeterminada, resulta evidente que supera con creces los 18.036 euros.

SEGUNDO: En esta jurisdicción rige, con matices, el principio de rogación; de suerte que el debate y decisión, han de girar en torno a los planteamientos y pedimentos realizados por las partes. Pero no puede obviarse que en no pocas ocasiones junto con intereses estrictamente privados, concurren intereses públicos y cuestiones de orden público que con independencia del interés de las partes, han de ser examinados incluso de oficio para preservarlos. Esto es lo que ha ocurrido al plantear la tesis por parte de la Juzgadora, que tras las conclusiones escritas de las partes se apercibe de la posible concurrencia de causa de orden público, sobre la legalidad del acuerdo recurrido, y en base al principio de congruencia preciso se hacía posibilitar que las partes traten la cuestión, y dado que la Ley no contiene tras conclusiones trámite en concreto y viniendo obligado el Juzgador a cumplir los citados principios, la utilización del artº 65 de la LJ , para posibilitar la audiencia de las partes, resuelta correcto y adecuado a los fines vistos.

TERCERO: La Sala no puede compartir el razonamiento que se recoge en la sentencia de instancia en el Fundamento de Derecho cuarto, al salvar la corrección del procedimiento por considerar que se trata de un bien inmueble patrimonial, incluido por acuerdo de 17 de marzo de 2005 en el Patrimonio Municipal del Suelo.

A nuestro entender el problema no es tanto si estamos materialmente ante un bien inmueble de carácter patrimonial, sino precisamente el procedimiento seguido y la consideración formal que se ha tenido de dicho bien. Como se ha puesto de manifiesto el acuerdo objeto del presente recurso, cuyo contenido ya se ha indicado cuál es, es de 10 de marzo de 2005, el acuerdo incluyéndolo dentro del Patrimonio Municipal del Suelo es de 17 de marzo de 2005, esto es con posterioridad al acuerdo objeto del presente. Consta que el expediente se inicia con la solicitud de la Comunidad Islámica en España en 18 de diciembre de 2003, ya con anterioridad aparece inscrita la parcela en el Registro de la Propiedad, parcela resultante del Proyecto de Compensación del Plan Parcial SUP-GU-4, Bermejales Sur; esto es, dada la obligación de inscripción de los bienes patrimoniales, debe entenderse en tal consideración y carácter.

A pesar de ello, aparece, folio 96 del expediente, certificación del Sr. Secretario del Ayuntamiento de **Sevilla**, de 20 de enero de 2005, integrante del expediente que nos ocupa, con referencia al ejercicio de 2003, en el que aparece el inmueble que nos ocupa en el Inventario de Bienes Municipales como inmueble de dominio público.

El artículo 110 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales , seguido por la Administración para la adjudicación que nos ocupa, exige entre otros requisitos, aparte de la certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de patrimoniales de la entidad local, certificación del Secretario de la Corporación en la que conste que los bienes figuran en el inventario aprobado por la Corporación con la antedicha calificación jurídica. Resulta palmario que en la certificación del Secretario el inmueble no figura con dicha calificación, al contrario está inventariado como inmueble de dominio público. A pesar de ello, el expediente sigue adelante, no existe rectificación alguna y lo más sorprendente nadie aporta explicación alguna de los efectos de dicho defecto; al punto que ello invita a cuestionarnos que a lo que trasciende de lo actuado, parece ser que resulta indiferente que las normas se cumplan o no, que tenga el bien una u otra calificación, que sufra hasta dinamitarla la seguridad jurídica, en el que el mismo bien aparezca en el Inventario como inmueble de dominio público y en el Patrimonio Municipal del Suelo e indirectamente en el Registro de la Propiedad, como bien patrimonial. En definitiva, se obvia tanto en vía administrativa como judicial, las consecuencias derivadas de dicha contradicción y del defecto procedimental visto.

Ciertamente el Inventario de Bienes Municipales es un registro administrativo, al que no se le puede otorgar no ya efectos constitutivos, ni siquiera declarativos; pero es evidente que cumple importantes funciones, no sólo para poder hacer uso de las prerrogativas que del mismo se derivan, sino en cuanto procura una información de especial importancia y aporta seguridad jurídica; que es precisamente uno de los fines del transcrito precepto cuando exige certificación del Secretario e idéntica calificación.



No se discute que las Entidades Locales están obligadas a inventariar sus bienes y derechos conforme al art. 86 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril ; inventario que debe responder a la realidad existente, para el cumplimiento de los fines que le son propios y seguridad jurídica, puesto que si bien las Entidades Locales tienen plena capacidad jurídica para la cesión de bienes patrimoniales, lo que no pueden hacerlo es de bienes de dominio público. El Inventario no sólo tiene relevancia entre las Administraciones Públicas, obligatorio ponerlo en conocimiento de las Administraciones estatal y autonómica, sino que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder al mismo y conocerlo. La exigencia normativa del artº 110, de la certificación del Secretario y del aseguramiento de que el bien tiene la misma calificación, que se trata de inmueble patrimonial, jurídicamente no es indiferente, se pretende procurar garantías y delimitar la plena capacidad a la que antes hemos aludido; si la calificación registral y la del Inventario no coincidía, la expresadas finalidades no se cumplen, ante ello, era exigible examinar dicha contradicción y, en su caso, proceder a su rectificación en el Inventario, hasta tanto, no podía continuar un procedimiento en el que entre los pocos requisitos exigidos era el visto de la coincidencia de la calificación en el Registro y en el inventario, al no hacerlo el acto nació viciado y debe ser anulado. No se entiende cómo el Ayuntamiento continuó el procedimiento, sin que la inclusión posterior al acuerdo de adjudicación en el Patrimonio Municipal del Suelo del inmueble, nada subsanara, al contrario no se hace más que abundar en la contradicción existente. El hecho de que material y efectivamente se trate de un bien patrimonial, tampoco nada añade en cuanto a la pureza del procedimiento, cuyo primer obligado a cumplir es la Administración, más cuando está ejercitando unas prerrogativas legalmente reconocidas y disponiendo de unos bienes comunes, puesto que es efectivamente el carácter material del bien, lo que debió de procurar y acelerar la rectificación y una nueva certificación del Secretario en donde se pusiera de manifiesto la identidad en la calificación.

CUARTO: Brevemente para significar que también desde el punto de vista material, a nuestro entender, el acuerdo debió ser anulado. Estimamos que el problema no es que se esté aplicando el PGOU de 1987, aplicable al caso, o el actual de 2006, que según el Letrado del Ayuntamiento se utiliza en la sentencia a mayor abundamiento, y que desde luego de sus términos no se desprende que sea así.

Como decimos, aunque sea brevemente, en tanto que dicho lo anterior ya existe causa suficiente para revocar la sentencia y anular el acto objeto del recurso. Dejar constancia que la manera de actuar por parte de la Administración supone un verdadero fraude urbanístico, evitando el cumplimiento de principios capitales y obligada observancia en el Derecho urbanístico. El debate sobre si se trata la construcción a realizar de un sistema general o no, o estamos ante dotaciones locales, es una falacia. Evidentemente no estamos antes un sistema general, menos aún en la especie de sistema general de infraestructura, pero nos resulta claro que lo que se pretende construir y para lo que se adjudica una parcela de dimensiones considerables no es un simple templo al servicio de la unidad, de la zona, sino que resulta un hecho notorio, véase los recortes periodísticos y las declaraciones de sus promotores, que se trata de una **Mezquita** que pretende dar servicio religioso a la ciudad en su conjunto y constituirse en un referente europeo. Desde el punto de vista urbanístico, y da igual que se aplique el PGOU de 1987, aplicable, desde luego al caso, o el del 2006, cabe calificarlo como dotación común de uso privado, esto es, un equipamiento comunitario, que conforme al artº 19 del RP, exige su previsión dentro del PGOU, lo cual responde y permite que dicha determinación, al tener la publicidad e información necesaria y permitir la intervención de los ciudadanos afectados, goce de la legitimidad democrática que se constituye en principio básico del urbanismo. Sin perjuicio de las potestades del planificador, los ciudadanos tienen derecho a decidir cómo debe ser el lugar que constituye el centro de su convivencia, o al menos a ser oídos; lo que no parece correcto es que se sustraiga estos derechos a los mismos, otorgando calificaciones e interpretaciones no ajustada a una realidad palpable y mediante un procedimiento que dificulta, cuando no impide, el cumplimiento de esos derechos ciudadanos.

QUINTO.- Al estimarse el recurso las costas no han de imponerse a la parte recurrente en apelación.

#### FALLAMOS:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 4 de **Sevilla**, revocando la misma y declarando la nulidad del acuerdo de 10 de marzo de 2005 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de **Sevilla**; sin imposición de las costas.

Quede el original de esta sentencia en el legajo correspondiente y únase testimonio íntegro a los autos de su razón.

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

Lo inserto con acuerdo a la letra con su original a que me remito, quedando la sentencia depositada en la Secretaría de la Sección Segunda.



Y para que conste extendiendo la presente, en **Sevilla**, a 30 de septiembre de 2008

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ