

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN Y PATRIMONIO HISTÓRICO

Competencias del Estado, Comunidad Autónoma y Entidades locales en materia de Patrimonio Histórico Andaluz. Casco Histórico de Almuñécar.

El objeto de este procedimiento viene constituido por la impugnación que hace la parte recurrente de la desestimación, primero por silencio administrativo y luego por Orden de fecha 8 de julio de 2005, del requerimiento de nulidad, previo al ejercicio de la acción contencioso administrativa, formulado por el Ayuntamiento de Almuñécar, contra la resolución del Director General de Bienes Culturales de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, para la paralización de varias obras que se estaban realizando en diversos inmuebles situados en el casco antiguo de Almuñécar, referido al sito en la calle San Miguel Alta 10.

La parte recurrente, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, declarando la nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

Efectuada la transferencia de competencias a favor de la Comunidad Autónoma en materia de patrimonio monumental de interés de la misma, y aprobados varios Decretos autonómicos reguladores de la referida materia, así como la Ley autonómica 1/91 del Patrimonio Histórico de Andalucía; sin embargo, la resolución impugnada procede a aplicar normativa estatal, concretamente la Ley 16/85 del Patrimonio Histórico español, que no debió aplicarse.

La medida de paralización de las obras es ilegal e improcedente porque no se halla delimitado el casco antiguo de la ciudad de Almuñécar, ya que si bien es declarado el casco antiguo conjunto histórico artístico, sin embargo no se fija exactamente la delimitación del mismo. Así, al no existir clara constancia de que la casa cuya construcción se ha pa-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

realizado por la Junta de Andalucía se encuentre dentro del casco antiguo de la ciudad, no puede estimarse como válida y lícita dicha actuación autonómica. Además, mientras no se publique en algún boletín oficial la delimitación de dicho casco antiguo, no se puede fundamentar en esto una medida tan grave como la paralización de la obra.

No se necesita la previa autorización de Cultura cuando se ha cumplido la prescripción del artículo 20.1 de la Ley 16/85, cuando el municipio ha aprobado un instrumento de planeamiento sobre la protección del área afectada por la declaración como bienes de interés cultural. Y concretamente Almuñecar cuenta con PGOU cuyo Tomo IV establece referencia detallada y exhaustiva a los inmuebles a proteger dentro de la ciudad de Almuñecar, lo que provoca que cuando se solicita una licencia de obra sobre los mismos, los servicios técnicos municipales informen sobre la posibilidad o no de conceder la autorización. Con esta normativa específica municipal sobre protección de inmuebles de interés cultural, ya no es obligatoria la resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados.

La resolución impugnada vulnera el principio de autonomía municipal, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de igualdad.

La Administración, en su contestación, alegó en primer lugar la incompetencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Granada ante el que se estaba tramitando el recurso, que quedó resuelta con la remisión de los autos a esta Sala y la aceptación de su competencia por auto de 15 de febrero de 2007. Asimismo, cita dos motivos de oposición que, en puridad de términos serían causas de inadmisibilidad (aunque no se mencionan como tales): que el recurso se interpone contra acto firme, ya que interpuesto inicialmente frente a la desestimación tácita del requerimiento de nulidad no se ha ampliado a la resolución expresa, y falta de legitimación del Ayuntamiento, ya que la paralización se dirige contra el promotor de las obras.

Respecto del fondo del asunto, la Administración demandada se opone a la tesis de la actora, con el argumento de que la obra está protegida por el Real Decreto 2235/1976, que declara el casco histórico de Almuñecar conjunto Histórico Artístico, al encontrarse en las inmediaciones del Castillo de San Miguel, el cual constituye el núcleo mismo del casco antiguo, sin que la falta de fijación de los límites determine la ineficacia de la protección instaurada por la legislación referida, además de que la citada exigencia de delimitación fue establecida posteriormente en la Ley 16/1985. Igualmente se opone a la alegación sobre la inadecuación de la legislación aplicable, ya que de acuerdo

con la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, es aplicable a este caso el Título II, artículos 14 a 25, y Título IV, artículos 35 a 39 de la misma Ley, siendo necesaria la autorización de la Administración Autónoma de acuerdo con los artículos 20.3 y 23 de la Ley 16/1985, en relación con el artículo 27 del Decreto 4/1993, de 26 de enero.

Todas las cuestiones suscitadas en este recurso han sido objeto de examen en las recientes sentencias de esta Sala, Sección Tercera, números 894/2013 (de 4 de marzo de 2013, recurso 345/2007) y 1200/2013 (de 25 de marzo de 2013, recurso 2253/2007) y de esta Sección Primera, números 1108/2013 (de 25 de marzo de 2013 recurso 569/2007) y 1111 /2013 (de 25 de marzo de 2013, recurso 599/2007). En todas ellas se desestiman recursos sustancialmente idénticos al que nos ocupa, referidos a órdenes de paralización de obras situadas en otros inmuebles del casco histórico de Almuñécar.

Las causas de inadmisibilidad alegadas por la Administración demandada no pueden ser acogidas, siguiendo el criterio de las citadas sentencias de la Sección Tercera: respecto de la primera, la interposición del recurso que aquí nos ocupa se produjo en mayo de 2005, acumulados todos los recursos en uno solo que fue objeto de requerimiento de desacumulación por el Juzgado, y no fue sino con posterioridad cuando la Administración resolvió (en fecha 8 de julio de 2005) de forma expresa aquel requerimiento, y lo hizo para desestimar igualmente el mismo, cuya desestimación ya había sido recurrida. La actora, siguiendo el iter de los autos, incorpora en el siguiente trámite procesal tal desestimación expresa, al referirse a ella en la demanda para combatir los argumentos de la misma, sin que quepa entender de la lectura de la demanda que se ha producido un consentimiento de aquella desestimación.

Pero, más allá de tal incorporación, es lo cierto que no puede admitirse que el actor haya consentido en ningún momento la desestimación del requerimiento de nulidad presentado por el mero hecho formal de no haber solicitado la acumulación a la desestimación expresa, porque la mera ausencia de este trámite formal no puede dejar sin efecto el ejercicio de la acción contra aquella desestimación de su pretensión ni entenderse consentida una desestimación posterior, siendo en el siguiente trámite procesal (la demanda) incorporada ya por la actora, tal y como es de ver de las actuaciones. El análisis de tal defecto, que ha de calificarse de meramente formal pero no material, de estimarse incidiría en la tutela judicial efectiva pues la desestimación presunta recurrida y la expresa no hacen sino expresión de una misma voluntad administrativa, que es la que ha sido recurrida.

Tampoco podemos acoger la segunda causa de inadmisibilidad alegada y referida a la falta de legitimación activa del Ayuntamiento demandante, por no dirigirse contra el mismo la orden de paralización, sino contra el promotor de la obra; sin embargo, la propia Administración demandada resolvió la solicitud e impugnación de las distintas ordenes de paralizaciones de obras (entre ellas la que se refiere en este procedimiento) de la recurrente entrando a conocer de las cuestiones de fondo planteadas, sin que se acordara la inadmisión del mismo por falta de legitimación activa, ni se hiciera referencia alguna a la posible falta de capacidad en la resolución recurrida, por lo que no cabe alegar válidamente en esta vía jurisdiccional dicha causa de inadmisibilidad que supondría para la Administración demandada ir contra sus propios actos.

Asimismo, siguiendo las tesis expuestas en las mencionadas sentencias de esta Sección, también deben rechazarse los argumentos de fondo invocados por el Ayuntamiento recurrente: el casco antiguo de Almuñécar fue declarado conjunto histórico mediante Real Decreto 2235/76, de 24 de agosto, que fue publicado en el BOE de 23 de septiembre de 1976, teniendo código del Ministerio de Cultura R-I-53-0000208, pero también se encuentra inscrito en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, en virtud de la Disposición adicional tercera de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre de Patrimonio Histórico de Andalucía. Que el Estado haya procedido a declarar la zona como bien de interés cultural, no impide que la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias, cuales son la tutela y salvaguarda del Patrimonio Histórico Andaluz, cuya competencia corresponde a la Comunidad Autónoma Andaluza conforme al artículo 13 números 26, 27 y 28 del Estatuto de Autónoa, pueda proceder a desarrollar la actividades oportunas en relación a un bien de características histórico-artísticas, acordando su inscripción en el catálogo correspondiente de la Junta de Andalucía. Y además, no obsta al ejercicio de esta facultad el hecho referido en el escrito de la demanda sobre que el régimen jurídico previsto para el patrimonio histórico español y para el patrimonio histórico andaluz es diferente (sobre todo en lo que respecta a la fijación de limitaciones, restricciones o usos del los bienes insertados en dicho patrimonio). Así, efectivamente, el artículo 20 de la Ley del Patrimonio histórico español obliga a los municipios a redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración de Conjunto Histórico, cuya aprobación exige el informe favorable de la Administración competente y un extremado rigor en los requisitos que debe de contener, pues viene a establecer las restricciones de uso en relación a

los bienes afectados por tal declaración. Sin embargo, en el ámbito normativo autonómico las restricciones referidas se establecen por la propia Administración de cultura que procede a efectuar la declaración, sin remitir el establecimiento de esas limitaciones a otra Administración, como es la local (aunque, como se ha señalado, en el caso del patrimonio histórico español, si bien es cierto que las restricciones se deben contener en el plan especial de protección a aprobar por el correspondiente ente local, esta aprobación exige el informe favorable de la Comunidad autónoma, con lo que se cierra el círculo competencia! en la concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico artístico, pues, aún en relación a los bienes de tal consideración del Estado, la Comunidad autónoma interviene en el proceso de fijación de los usos y aprovechamientos posibles para los mismos).

Por ello, tanto en una normativa como en otra (estatal o autonómica) la intervención de Cultura está determinada y exigida, y precisamente en un caso como en el que se enjuicia, cual es en el que el Plan de especial protección no ha sido aprobado por el ayuntamiento correspondiente, y en el que tampoco puede entenderse que el PGOU correspondiente establece una regulación específica sobre la protección que haya de darse a los bienes de interés cultural, debe ser de plena aplicación el régimen de autorizaciones que establece la Ley 16/85, tal y como declara específicamente el artículo 20.3 de la citada Ley del Patrimonio histórico español, al señalar que hasta la aprobación definitiva de dicho Plan, el otorgamiento de licencias precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados que, en este supuesto, es la Junta de Andalucía, en virtud de las correspondientes transferencias de competencias.

También se cuestiona por la parte recurrente que no está clara la constancia de que el inmueble donde se realizan las obras paralizadas por la Junta de Andalucía se encuentre dentro del casco antiguo de la ciudad, no pudiendo estimarse con ello válida y lícita dicha actuación autonómica, aludiendo que no existe un acto administrativo de delimitación del referido casco antiguo. Sin embargo, a pesar de la ausencia de tal delimitación, la parte recurrente no contrapone nada en relación al informe, obrante al inicio del expediente administrativo, emitido por el arqueólogo de la Delegación Provincial de Cultura de en el que precisa efectuar “visita de inspección al inmueble que se encuentra dentro del conjunto histórico de Almuñécar, declarado bien de interés cultural por Real Decreto 2235/76”.

Por otro lado, no es que el ente local no aporte plano o mapa del que

pueda deducirse que el inmueble en cuestión no se inserta en el referido casco antiguo, sino que, consta que la referida calle, donde se realizan las obras objeto de la paralización, se ubica en el sector “casco antiguo”, de conformidad con la revisión y actualización que del PGOU ha efectuado el propio Ayuntamiento; motivos por los que ha de rechazarse esta argumentación esgrimida por la parte recurrente.

Por todas las razones expuestas, el recurso debe ser desestimado, declarándose ajustada a derecho la resolución impugnada.

Establece el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que “en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad”. En el presente caso, no procede hacer imposición en costas, dado que no se aprecia temeridad o mala fe en ninguna de las partes.

Conforme al artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, añadiendo el párrafo segundo que se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior: (...) b) Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.*

St. de 29 de julio de 2013. Sala de Granada. Ponente Rafael Rodero Frías Cendoj

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES: MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Distinción entre la improcedencia de adoptar la medida cautelar de suspensión de la denegación de las autorizaciones o permisos de trabajo y residencia y la posibilidad de acceder, por el contrario, a la de suspensión de la salida obligatoria del país como consecuencia de aquella denegación: valoración y consecuencias.

Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación el auto de fecha 8 de octubre de 2012, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Granada.

cioso administrativo número 1 de los de Almería , por el que se accedió a las medidas cautelares solicitadas por el recurrente de concesión de la autorización de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales (arraigo social) y de suspensión de la salida obligatoria del territorio nacional acordada por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Almería, de fecha 19 de marzo de 2012 (expediente núm. NUM000).

El Abogado del Estado se alza contra el precitado auto arguyendo, en síntesis, que no procede la concesión de la autorización de residencia temporal, pues esa es la cuestión de fondo que debe ser analizada a la vista de las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento, puesto que constituye el objeto del recurso y ello supondría anticipar en el tiempo la sentencia del mismo.

Ambas medidas cautelares reclaman un pronunciamiento por separado, debiéndose recordar, con carácter preliminar a la decisión sobre las mismas, que el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 14 de octubre de 2005 establece, sobre la aplicación del régimen de medidas cautelares previsto actualmente en la Ley 29/1998 de 13 de julio, las siguientes conclusiones:

La adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad, legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso (*periculum in mora*).

Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, en todo caso, el juicio de ponderación que, al efecto, ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Destaca también el Tribunal Supremo que “la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero si prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura senten-

cia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen” (sentencia de 10 de noviembre de 2003).

La doctrina de la apariencia de buen derecho permite, en un marco de provisionalidad y dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la Sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los menores fines de la tutela cautelar (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006).

Ha de significarse, por último, que en la ponderación de intereses en conflicto (con valoración del *fumus boni iuris*), y del *periculum in mora*, ha de tenerse bien presente la improcedencia de juzgar sobre el fondo del asunto, pues además de carecerse -por lo general- de los elementos bastantes y necesarios para dar respuesta adecuada a la cuestión objeto de litigio, “se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el art. 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba” (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006). Está fuera de toda duda que no puede acogerse la medida cautelar, interin se decide el recurso principal, de concesión de la autorización de trabajo y residencia solicitada, pues, como se viene reiteradamente manifestando por nuestra jurisprudencia, no procede la suspensión de un acto administrativo cuando su contenido es negativo, es decir, cuando este acto administrativo deniega una solicitud del administrado; y, en este sentido, la sentencia de 25 de febrero de 2002, (recurso de casación 2617/2000) sintetiza la doctrina con las siguientes palabras: “Es conocida la jurisprudencia de esta Sala que declara la improcedencia de acordar medidas cautelares de suspensión respecto de actos de con-

tenido negativo que no innovan en nada una situación jurídica preexistente, como dijimos en la sentencia de 12 de junio de 2000 recordando otros precedentes, ya que, en otro caso, se estaría dando lugar a conceder lo denegado, al menos durante la sustanciación del proceso”. Es indudable que en materia de extranjería esta doctrina general precisa unas mayores concreciones, como así razona nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 19 de noviembre de 2001 (recurso de casación 7216/1999): “La resolución judicial recurrida, al denegar la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, por entender que tal acto, por ser negativo, no es susceptible de suspensión, vulnera la jurisprudencia de esta Sala, ya que es reiterada nuestra doctrina -sustentada en autos que se inician hace más de doce años, entre otros, de 6 de febrero de 1988, 17 de septiembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 11 de julio de 1995, y sentencias de 15 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2000 -, la que admite la procedencia de las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con una resolución administrativa, dado que el pronunciamiento de expulsión, directamente acordado o que deriva directamente de la resolución adoptada, no tiene en sí un contenido negativo y por ello puede ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad”.

Lo razonado en el precedente ordinal acerca de la distinción que hace el Tribunal Supremo entre la improcedencia de adoptar la medida cautelar de suspensión de la denegación de las autorizaciones o permisos de trabajo y residencia y la posibilidad de acceder, por el contrario, a la de suspensión de la salida obligatoria del país como consecuencia de aquella denegación, sitúa el debate en el examen de las concretas circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado para que, previa ponderación de los intereses en conflicto, se culmine en la decisión de suspender o no esa obligatoria salida del territorio nacional como consecuencia, en este caso, de la expulsión decretada por la Administración. Dicho esto, es cierto es que la orden de salida del territorio nacional de una persona que se encuentra en el mismo ocasiona sobre su situación personal un trastorno de tal calado y magnitud que justifica la adopción de una medida cautelar de suspensión, cual en ocasiones el Tribunal Supremo ha establecido, pues la pérdida de la finalidad del recurso es evidente. En este sentido, el Tribunal Supremo viene declarando (así, en sentencia de 17 de julio de 2002) que esa “pérdida de la finalidad legítima del recurso”, como argumento legitimador de la adopción de medidas cautelares, “debe apreciarse cuando la ejecución

podría causar perjuicios que hicieran ilusoria la estimación del recurso entablado, debiendo entenderse que pierde su finalidad legítima el recurso si, de ejecutarse el acto, se creasen situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la sentencia e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad”.

Ese principio de “identidad” guarda relación con la “necesidad de preservar el efecto útil de la futura Sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en este espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil y costosa reversibilidad”.

Dicho principio de identidad queda directamente comprometido en supuestos de abandono obligado del territorio nacional mientras está pendiente el examen de legalidad o la revisión del acto administrativo denegatorio del permiso de residencia, pues jamás se podrá lograr una restitución íntegra de la situación del extranjero que ha salido de España, si luego obtuviera una Sentencia favorable a su pretensión.

El tiempo transcurrido será esencialmente y de suyo irrecuperable (pensemos en la necesidad de abandonar un domicilio, unas expectativas laborales...).

Es cierto que el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permite la denegación de la medida cautelar en atención a la defensa de los intereses generales -o de tercero-. Pero lo es también que se reclama que de la adopción de la medida cautelar pueda derivarse “perturbación grave de los intereses generales... que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

Sin embargo, en la ponderación de los intereses en juego, ha de tomarse también en consideración la doctrina de la “aparición de buen derecho” (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006) “cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo del art. 728 LEC”. Y, en este sentido, resulta fundamental el hecho de que el subdito extranjero haya solicitado su regularización en España y se haya seguido uno de los procedimientos habilitados al efecto. De ahí que, como establece el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de noviembre de 2005, “constituye un contrasentido que haya de abandonar el territorio español quien se ha acogido a las medidas expresamente acordadas para regularizar su situación en España”.

Es verdad que la permanencia del recurrente, hasta el momento en el que se resuelva el recurso contencioso-administrativo por él planteado, no parece que vaya a causar trastorno al interés general, y menos “perturbación grave” del mismo.

Ahora bien, como anticipábamos, el auto apelado no distingue entre las dos medidas cautelares solicitadas, ni tampoco se pronuncia sobre la medida positiva, la que, como hemos dicho, no es procedente, por lo que procede la estimación parcial del recurso de apelación y, como su corolario, dejar sin efecto la adopción de la medida cautelar positiva de concesión de la autorización de trabajo y residencia concernida.

St. de 29 de julio de 2013. Sala de Granada Ponente Jesús Rivera Fernández

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA. JUSTIPRECIO QUE ABONA CANTIDADES INDEBIDAS POR ERRÓNEA MEDICIÓN DE FINCA. LA DEVOLUCIÓN DEL JUSTIPRECIO NO PROCEDE SINO POR VÍA DE REVISIÓN DEL ACUERDO DEL JURADO, NO MEDIANTE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Director General de Carreteras de fecha 14 de febrero de 2012 desestimando el recurso de alzada formulado contra resolución de la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Occidental de fecha 19 de marzo de 2009, requiriendo a D. José Tejero Vázquez, causante de los demandantes, a que proceda a la devolución de la cantidad de 19.162,33 € en concepto de cantidad indebidamente pagada por exceso de medición en la expropiación de la finca 50-72 afectada por las obras del Proyecto clave 12-H-2650 “Autovía A-49. Frontera Portuguesa. Tramo : Enlace de Aljaraque-Enlace de Lepe (Oeste). Provincia de Huelva”.

Según resulta del expediente administrativo remitido e incluso se menciona en el acuerdo impugnado, como consecuencia de la expropiación de terrenos propiedad del causante de los hoy demandantes, el Jurado Provincial de Expropiación de Huelva, en acuerdo de 28 de enero de 2003, fijó el justiprecio correspondiente a la expropiación de 127.154 m² afectados en la cantidad de 521.276,22 €. La orden de devolución de 19.162,33 € es consecuencia del expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, seguido a instancias de D. Alonso Domínguez Hachero, titular de terrenos colindante con la propiedad de los actores, y que culminó con resolución del Ministro de Fomento declarando error en la situación de la linde de la finca n° 74, propiedad de D. Alonso Domínguez y la finca 50-72, propiedad de los demandantes, e indemnizando al Sr. Domínguez en la cantidad de 23.918,57 €.

Sobre los antecedentes citados los actores niegan la existencia del exceso de medición invocado como motivo determinante del reintegro y la ausencia de procedimiento seguido con su intervención para la declaración del exceso y posibilidad de reintegro por haber percibido cantidades indebidas. La respuesta a esta alegación ha de ser necesariamente la de aceptar el planteamiento contenido en la demanda. Así, declarado el justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Huelva ante el desacuerdo de las partes en su fijación, el mismo queda determinado en función de la superficie de terreno expropiado. Cualquier modificación del justiprecio exige la tramitación de un procedimiento con tal fin, bien sea, cuando la Administración lo considera excesivo, mediante el procedimiento de lesividad, bien, cuando se considere que el terreno efectivamente expropiado es menor que el valorado mediante el procedimiento de revisión de oficio del acto anterior que fijaba la superficie ocupada y expropiada. Lo que desde luego no cabe es concluir que existe el exceso en la valoración y la consiguiente devolución de lo indebidamente percibido en base exclusivamente a un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración iniciado a instancias de un colindante y en el que los demandantes no han sido partes ni consta hayan tenido conocimiento alguno. La posibilidad de que por reuniones previas de la Administración con los titulares dominicales implicados, el causante de los actores tuviera conocimiento de la controversia sobre la propiedad de los terrenos expropiados, no significa que de ello se deba concluir que ha tenido conocimiento y posibilidad de participación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. En el expediente remitido no consta intervención alguna del titular del terreno cuya devolución parcial del justiprecio se reclama ni que recibiera notificación formal para su posible intervención como interesado, lo que le sitúa en una evidente situación indefensión, lo que junto a lo antes dicho sobre necesidad de articular un procedimiento específicamente dirigido a declarar el exceso del justiprecio percibido y que no ha sido seguido, determina la necesaria declaración de nulidad del acuerdo impugnado.

St de la Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García.

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA. VALORACIÓN DE SUELO “URBANO” FALTO DE CONEXIONES NECESIDAD DE PRUEBA DE LA SITUACIÓN FÁCTICA. SIN ELLA LA LEY NO PERMITE QUE LOS SUELOS DESTINADOS A INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS PÚBLICOS DE INTERÉS GENERAL SUPRAMUNICIPAL, SE VALOREN SINO SEGÚN LA SITUACIÓN BÁSICA DE LOS TERRENOS EN QUE SE SITUAN O POR LOS QUE DISCURREN.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el día 14 de julio de 2011, fijando en 4.296,04 € el justiprecio, incluido premio de afección, correspondiente a la expropiación por la Consejería de Medio Ambiente de 1.309 m² y ocupación temporal de 967 m² correspondientes a la parcela n^o 82, polígono 59 de la localidad de Ecija, en ejecución del Proyecto de encauzamiento del Arroyo de Argamasilla.

En la demanda se insta que el justiprecio se fije en la cantidad total de 57.150,41 € considerando que el suelo expropiado es urbanizado puesto que, conforme al art. 12.3 del Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, cuenta con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística sin otras obras que las de conexión a las instalaciones ya en funcionamiento. Igualmente se hace mención a la falta de justificación de las cantidades fijadas como depósito previo a la ocupación y perjuicios derivados de la rápida ocupación, la inseguridad jurídica derivada de la no fijación de un plazo de ocupación temporal y, por último, que debería indemnizarse por los perjuicios derivadas de la expropiación parcial de la parcela y el consiguiente demérito de la misma, apoyándose para tales pretensiones en el informe técnico que acompañó con su hoja de aprecio.

Según resulta acreditado del expediente remitido, la fecha a la que debe ir referida la valoración del suelo expropiado es la del 14 de octubre de 2010, coincidente con la del requerimiento al expropiado para que presente su hoja de aprecio, con la consiguiente aplicación de los criterios de valoración contenidos en el Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Según la ficha urbanística del Ayuntamiento de Ecija, el suelo expropiado, con el PGOU de 1987, se encontraba clasificado como suelo no urbanizable. Una vez aprobado definitivamente el documento de Revisión del PGOU el 23 de octubre de 2009, se clasifica como Sistema General SG-75, no incluido ni adscrito a ningún Sector

y la finca matriz en la que se integraba la parte expropiada se clasifica como suelo urbanizable no sectorizado SUB-NS-14, cuyos criterios de ordenación, según la Revisión del PGOU, son que hasta su sectorización guardará un régimen de suelo no urbanizable de especial protección de entornos de núcleos urbanos. Según el art. 22 del Real Decreto Legislativo 2/2008, el suelo se tasaré según su situación y con independencia de la causa de la valoración y el instrumento legal que la motive, criterio que es también de aplicación a los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, cuya valoración se determinará según la situación básica de los terrenos en que se sitúan o por los que discurren. A su vez, el art. 12 de igual norma indica que todo el suelo se encuentra en una de las situaciones básicas de suelo rural o urbanizado, considerando como suelo rural aquel para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el suelo urbano. Es cierto que en esta última situación se encuentran las parcelas, edificadas o no, que puedan llegar a contar con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento, pero dicha circunstancia, en el presente caso, en absoluta ha quedado acreditada pues el informe en que fundamenta tal alegación la expropiada es el emitido por Ingeniero Técnico Agrícola, carente por tanto de la titulación adecuada para llegar a tal conclusión, y sin que en dicho dictamen se precisen los servicios e instalaciones preexistentes a los que la parcela sólo faltaría conectarse, sino que hace una mención genérica a que cuenta el suelo circundante con todos los servicios propios del suelo urbano sin mayor alcance que el propio de una petición de principio. Por otro lado, tampoco resulta de aplicación lo establecido en la Disposición Transitoria 3ª del Real Decreto Legislativo 2/2008 pues el planeamiento urbanístico no contiene las concretas determinaciones para su desarrollo urbanístico al no estar incluido ni adscrito a ningún Sector. De aquí que deba ser valorado como suelo rural con aplicación, como lleva a cabo la Comisión Provincial de Valoraciones, del método de capitalización de rentas, cuyas conclusiones valorativas en absoluto han sido desvirtuadas.

En cuanto al resto de alegaciones contenidas en la demanda tampoco justifican una declaración de improcedencia del justiprecio fijado por el órgano de valoración. Así, las cantidades fijadas como depósito previo y perjuicios derivados de la rápida ocupación ni pueden conside-

rarse injustificados en la medida en que sus hojas de valoración incluyen los criterios para su determinación ni la actora justifica el motivo de discrepancia con unas cantidades que ella misma aceptó en el momento de la ocupación del terreno.

Respecto a la ocupación temporal debemos hacer idéntica consideración de falta de justificación, pues al margen de que nada se nos dice a la fecha de formulación de la demanda sobre si la misma se mantiene o no, su determinación en el dictamen que sirve de fundamento a su pretensión no puede aceptarse en cuanto parte de un valor del suelo como urbanizado que ya hemos excluido.

Por último, respecto a los invocados perjuicios por demérito de la finca en el dictamen del Ingeniero Técnico Agrícola sólo se incluye la regla para su valoración pero sin especificación alguna de cual sea el motivo determinante del concreto menor valor de la parte de la finca que permanece en la titularidad de la actora, pues el hecho de que efectivamente se vea privada de parte de su terreno no significa que automáticamente se produzca el demérito del resto.

St. de la Sala de Sevilla Ponente José A. Vázquez García

XIV HACIENDA PÚBLICA.- IMPUESTO DE DONACIONES: NO SUJECCIÓN. COSTAS: EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA TEMERIDAD DEL SISTEMA ANTERIOR EN LA LJCA.

No se encuentra sujeta al Impuesto sobre Donaciones la aportación gratuita a favor de la sociedad conyugal de gananciales por parte de uno de los cónyuges, casado en régimen de gananciales, de una finca urbana que le pertenecía con carácter privativo.

Costas: a la fecha de interposición del presente recurso, la redacción del art. 139 LJCA determinaba que para la imposición de costas debería apreciarse la existencia de temeridad o mala fe, circunstancia que, obviamente, en absoluto se encuentra presente en la defensa que del acto impugnado ha llevado a cabo la Abogacía del Estado. Sin embargo, el propio art. 139.1.pr. 2º LJCA recoge una excepción a tal regla y habilita la imposición de costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad legítima, circunstancia aquí presente si atendemos a la escasa cuantía de la liquidación (661,40 €)

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 22 de julio de 2011,

actuando como órgano unipersonal, que desestima la reclamación nº 14-01073-2010 formulada contra la liquidación nº 6513991400472 practicada por la Delegación de Economía y Hacienda de Córdoba de la Agencia Tributaria de Andalucía en relación con el Impuesto sobre Donaciones, por importe de 661,40 €.

La cuestión controvertida se limita a determinar si se encuentra o no sujeta al Impuesto sobre Donaciones la aportación gratuita a favor de la sociedad conyugal de gananciales por parte de D. ..., casado en régimen de gananciales con D^a ..., de una finca urbana que le pertenecía con carácter privativo. La Administración Tributaria considera que dicha aportación, en cuanto transmisión gratuita a favor del otro cónyuge de la mitad del valor del bien inmueble, constituye un hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, conforme al art. 3.1.b) de la Ley 29/1987 reguladora de dicho tributo.

Siendo el beneficiario de la aportación de la mitad de la vivienda transmitida, la sociedad de gananciales, compuesta por los dos cónyuges y configurándose esta sociedad de acuerdo con el Código Civil - artículo 1344- como una comunidad de mano común, donde no existen cuotas, solo al disolverse esta sociedad surgirá el derecho a la cuota de liquidación y siendo el beneficiario de la aportación la sociedad de gananciales, y no D^a ..., no se ha producido enriquecimiento patrimonial de la esposa por la aportación de un bien del marido a la sociedad, por lo que no puede calificarse como donación la citada aportación a la sociedad de gananciales, ya que no se cumple lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley que regula las sucesiones y donaciones, por ser el Impuesto de donación el que grava un incremento patrimonial obtenido a título lucrativo por persona física, constituyendo el hecho imponible del impuesto la adquisición por donación.

D^a ... no adquirió ningún bien, ni derecho, ni obtuvo ningún incremento patrimonial, siendo la sociedad de gananciales la destinataria del acto de disposición y la beneficiaria de este incremento de patrimonio y siendo el patrimonio de la sociedad un patrimonio separado del privativo de los cónyuges, solo cuando se disuelva la sociedad de gananciales y se atribuyan por mitad al marido y mujer las ganancias o beneficios resultantes del caudal tal y como dispone el artículo 1344 del Código Civil, podrá producirse en su caso incremento patrimonial del cónyuge, dependiendo del resto de bienes y de la adjudicación concreta que se haga. Consecuentemente si la aportación de un bien del esposo a la comunidad conyugal no ha supuesto un incremento a título del patrimonio privativo del otro cónyuge, no existe

te el hecho imponible que resulta el objeto del tributo, previsto en los artículos ly 3.1.b) de la Ley 29/87.

Aunque referida al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales la STS del Tribunal Supremo. Sala IV, de 2 de octubre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de ley, ya indicó que gozan de exención todas las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal y que la misma encontró un primer acomodo legal en el art. 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1989, al igual que en el posterior art. 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993. De este modo toda aportación efectuada por los cónyuges al matrimonio, goza de exención, aunque se efectúe una vez celebrado el mismo, siempre que se trate de “verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial”, es decir, como ya se indicó anteriormente, con la calidad de afección a todos los efectos económicos matrimoniales. Ciertamente esta sentencia se refería a la exención del ITP, pero es de ver que si las aportaciones de los conyugues a la sociedad de gananciales están en principio sujetos al ITP, pero exentos, no pueden estar sujetas a otro impuesto como el de donaciones y que el razonamiento de la sentencia del TS, resulta así mismo aplicable al Impuesto de Donaciones en lo referente a la peculiaridad de la sociedad de gananciales y las aportaciones que puedan realizar los esposo a esta sociedad. Ha sido levemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque decididamente lo fue la Dirección General de Registros y Notariado, sobre todo a partir de una resolución de 30 de junio del año 27, la que atribuye a los sociedad de gananciales los rasgos, un tanto imprecisos, de una comunidad en mano en común o germánica.

Como indica la doctrina, con esta afirmación, no se pretenden solucionar todos los problemas que plantea la administración y disposición de bienes comunes de carácter ganancial. Con esto lo es que quiere indicar es que ninguno de los cónyuges puede disponer como bien privativo suyo de mitades indivisas de sus bienes comunes. Esta es la única razón que sostiene aquella calificación. Esta última afirmación, no se deriva en absoluto de un juicio abstracto, hecho en función de tesis más o menos brillantes, sino que se destila de todo el articulado de el Código Civil. A la conclusión indicada, debe llegarse, desde la simple lectura de los artículos 1344,1347 y siguientes, relativos a la masa ganancial. Mera expresión de lo que venimos diciendo es el artículo 1373, introducido en el código, según el texto de la ley 11/81 de 31 de mayo, relativo al embargo de bienes gananciales, en este caso si la traba se materializa sobre la parte alícuota que el cónyuge deudor tenga en la sociedad ganancial, embargo lleva necesariamente consigo la disolu-

ción de aquélla. Así las cosas la impugnación deducida debe ser estimada y anulada la liquidación girada.

A la fecha de interposición del presente recurso, la redacción del art. 139 LJCA determinaba que para la imposición de costas debería apreciarse la existencia de temeridad o mala fe, circunstancia que, obviamente, en absoluto se encuentra presente en la defensa que del acto impugnado ha llevado a cabo la Abogacía del Estado. Sin embargo, el propio art. 139.1.prf. 2º LJCA recoge una excepción a tal regla y habilita la imposición de costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad legítima, circunstancia aquí presente si atendemos a la escasa cuantía de la liquidación (661,40 €)

St. de la Sala de Sevilla. Ponente José A. Vázquez García.