

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN PATRIMONIO HISTÓRICO. RESIDENCIA DE ESTUDIANTES. LICENCIA MUNICIPAL ARRIENDOS FRAUDULENTOS

La Sentencia apelada entiende que en el piso NN del inmueble sito en CALLE NN nº NUM000 bloque NUM000, se desempeña una actividad que es ampliación de la actividad del piso NUM000 NUM000, y ello en base a las pruebas que obran en el expediente, acta de la inspectora municipal y manifestaciones de los estudiantes que allí viven, sin que se haya destruido la presunción de aquella y estando el acto impugnado suficientemente motivado.

Frente a la Sentencia apelada, se alega la vulneración de la doctrina de los actos propios al no haber apreciado que el Ayuntamiento archivó el expediente sancionador, error en la interpretación de los hechos del expediente administrativo y en la práctica de la prueba, y olvido de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador.

Se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda “incongruencia omisiva o por defecto” como cuando resuelve ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas “incongruencia positiva o por exceso”; y, en fin, cuando se pronuncia extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas “incongruencia mixta o por desviación” (entre otras muchas, sentencia del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998).

Según la jurisprudencia (STS Sala 3ª de 5 noviembre 2012) la congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

2000, entre otras muchas). Para ello debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras *alegaciones* aportadas por las partes en defensa de sus *pretensiones* y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor.

La apelante alegaba que al tiempo que la resolución impugnada acuerda suspender la actividad, archivaba el expediente lo que entendía contrario a la doctrina de los actos propios. Ello no pasa de ser una mera alegación de apoyatura a la pretensión de anulación del acto administrativo, por lo que no concurren los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para declarar que la Sentencia incongruente.

El archivo que se acuerda del expediente, tiene como finalidad poner fin al mismo una vez decidida la restauración del orden infringido y culminada con ello la tramitación del expediente, pero ni puede vincular el sentido de esta decisión que ya se ha adoptado previamente, ni con ello se obstaculizaría siquiera el inicio de otro expediente de naturaleza distinta como sería el sancionador.

Con respecto a la valoración de las pruebas practicadas, la Sentencia refiere al acta de 23-11-2004 de la inspectora municipal que “describe detalladamente las circunstancias y condiciones en las que manifiestan estar los estudiantes en el referido piso NUM000 NUM001 “ y también en el informe de 17-12-2004 del Ingeniero técnico industrial que señala el desempeño de la actividad en el piso NUM000 NUM001 sin la preceptiva licencia de apertura.

Es cierto que no figuran en el expediente ni ahora en el proceso se han practicado, testificales de los estudiantes que se dice alojados en el piso NUM000 NUM001 , pero en realidad la referencia de la Sentencia es clara al contenido del acta en el que se reflejan las manifestaciones espontáneas de los mismos, por lo que no ha existido error en la valoración de la prueba sino atribución de fuerza probatoria suficiente a dicha acta concluyendo en la dependencia de los alojamientos de la actividad de residencia universitaria autorizada en el piso primero.

En cuanto a las manifestaciones de vecinos, es cierto que no compareció como testigo ninguno de ellos, pero el procedimiento se inició y cobró impulso por la denuncia de uno de ellos, cuyo contenido dio inicio al expediente, manifestación que ha sido tomada en consideración, sin que el hecho de no haberse ratificado el denunciante pueda inducir a entender que ha habido un error en la valoración de la prueba más cuando no resulta determinante en absoluto del resultado del juicio.

En cuanto a la relación de subarriendo que la Sentencia apelada reconduce al ofrecimiento de alojamientos dependientes de la actividad de re-

sidencia que cuenta con autorización en el piso primero, se dice por el apelante que no ha de estar sujeta a control municipal, pero más allá del contenido formal de los contratos firmados con los subarrendatarios de las habitaciones a los que remite, ha de estarse a la realidad de la actividad realizada y relación que une al Sr. Ovidio con los firmantes de los susodichos contratos, que se extiende no solo a proporcionales habitación en el piso NUM000 NUM001 , sino a ofrecer los servicios que oferta la propia residencia de la planta inferior de tal manera que de hecho la actividad desarrollada en esta se ha extendido al piso NUM000 NUM001 (así se deduce expresamente del escrito del Sr. Ovidio que obra al folio 66 del expediente) y no ha sido desvirtuado el contenido del acta, como podría haberlo sido a través de medios probatorios que no fueron propuestos, sin que como se ha dicho, la existencia formal de los documentos aportados, desvirtúe la realidad constatada por el inspector.

En definitiva no ha existido error en la valoración de la prueba y el segundo motivo de apelación debe ser rechazado.

Por último la cita que efectúa la Sentencia apelada a la Sentencia TC de 26-4-1990 , no convierte en sancionador al procedimiento seguido para evitar el funcionamiento de la actividad de residencia que se ejerce en el piso NUM000 NUM001 ni ha sido así calificado como tal por la Sentencia apelada que debe ser confirmada por ser ajustada a derecho.

Procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ovidio frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Granada dictada en recurso nº 294/05, que se confirma por ser ajustada a derecho.

St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granada. Ponente Beatriz Galindo Sacristán

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Extranjería. Expulsión. Estancia irregular en territorio español. Motivación de la elección de la sanción de expulsión. Valoración de la entrada ilegal y ausencia de documentación. Inexistencia de razones que avalen la elección de la expulsión.

Se interpone el presente recurso de apelación frente la sentencia número 198/08, de fecha 1 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso administrativo número 448/2008, procedimiento abreviado, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Cuatro de los de Granada , que desestima la demanda de recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Sabina contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada, de 13 de marzo de 2008, que acordó la ex-

pulsión del territorio nacional del actor con la prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo por un período de 5 años.

La parte apelante se alza frente a la sentencia antedicha alegando, en síntesis, lo siguiente:

Falta de motivación de la sentencia que vulnera el principio de proporcionalidad en cuanto a la desestimación de la petición subsidiaria de imposición de multa en lugar de expulsión.

Que en el procedimiento se ha acreditado que se encuentra documentada y con domicilio conocido, así como que cuenta con medios de vida para permanecer y subsistir en nuestro país, lo que es base bastante para que se le imponga la sanción de multa en lugar de la expulsión.

Que además, puesto que puede acreditar su estancia en España durante más de tres años, podría legalizar su situación en base a la situación de arraigo.

El apelado se opone, suplicando se dicte sentencia desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la de instancia, que estima conforme a derecho. Alega que en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta de la interesada o sus circunstancias, y sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora. Y ello ocurre en este caso en que a la permanencia ilegal de la actora se une la circunstancia de que estaba indocumentado y por tanto sin acreditar su identificación y filiación, y además se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. Que la actora alegó en su demanda que llevaba unos días en España, y no desarrolló en el expediente la menor prueba tendente a acreditar la veracidad sobre su estancia en España.

De la información contenida en el expediente administrativo se deduce con toda claridad que en fecha 8 de febrero de 2008, la recurrente resultó identificada en el Club Star, sito en carretera de Murcia de Baza, resultando indocumentada, momento en el que incurrió en la infracción prevista en el artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre regulación de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en su apartado a) encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. En el Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador se recoge que no le constan trámites para regularizar su situación en España, carece de domicilio y está totalmente indocumentada, por lo que se ig-

nora cuando y por donde entró en territorio español, no constando otros antecedentes desfavorables.

La cuestión a analizar viene constituida por la alegada no vulneración del principio de proporcionalidad, al haberse acordado la sanción de expulsión en vez de la de multa, dado que en este caso concurren datos negativos que así lo justifican. Al respecto es necesario tener presente, además de los preceptos citados, el artículo 138 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social regula los supuestos en que procede el procedimiento de expulsión, diciendo literalmente: sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los párrafos a), b), c), d) y 0 del artículo 53 de esta ley orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Asimismo, constituirá causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Aunque la línea jurisprudencial aducida por el Abogado del Estado venia siendo pacífica y aplicada por este Juzgado, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada ha variado de criterio recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo en diversas sentencias dictadas recientemente en grado de apelación, de las que señalamos las de 14 de mayo de 2012 (número 1.528/2012) o de 6 de febrero de 2012 (recurso 2274/2003). En ambas se dice: la cuestión sometida a debate ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera, de fecha 30 de junio de 2006 (recurso de casación número 5101/2003; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil), en su fundamento jurídico quinto, con motivo de la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000, aducida por el Sr. Abogado del Estado sobre la base de que, del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna, señala que, “en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa

que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español”, e introduce unas previsiones a cuyo tenor “para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia”. De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal. Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que “podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa”, (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional”.

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de

especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista desprestigiar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto: A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora”. En el mismo sentido, las sentencias de la misma Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tres de ellas de fechas 10 de febrero de 2006 (recursos de casación números 2600/2003, 6969/2003 y 6691/2003; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil) y 21 de abril de 2006 (recurso de casación número 1448/2003; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil).

Más recientemente, la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Alto Tribunal, de fecha 28 de junio de 2007 (recurso número 10265/2003 ; ponente, Excmo. Sr. D. Mariano de Oro Pulido y López), confirma la citada doctrina y hace exégesis de la normativa sancionadora en materia de extranjería. Así, señala que “la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51- 1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55-1- b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español”, e introduce unas previsiones a cuyo tenor “para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerías (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia”.

El mismo Tribunal, empero, en sentencia de fecha 5 de julio de 2007 (recurso de casación número 1060/2004; ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Cáncer Lalanne), matiza que es procedente la sanción de expulsión cuando se trata de un extranjero indocumentado: “consta en el expe-

diente que el actor se encontraba indocumentado y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en el territorio nacional. Esta circunstancia justifica la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa, según hemos declarado en numerosas sentencias (entre otras, y por citar algunas de las últimas, SSTS de 29 de marzo y 20 de abril de 2007 , RC 788/2004 y 9484/2003).

Aplicando esta doctrina al presente caso, del expediente administrativo resulta que la recurrente y apelante carece de antecedentes penales. Fue detenida por la Policía por no hallarse regularmente en territorio nacional y consta empadronada al menos desde el 26 de junio de 2006. No consta más datos negativos que la propia permanencia ilegal y estar indocumentado y desconocerse fecha y lugar de entrada, sin otros antecedentes negativos. Debe decirse, sin embargo, que la Administración no ha fundamentado el porqué de la sanción de expulsión y no de multa. De conformidad con la doctrina jurisprudencial aplicada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, estimar el recurso y sustituir la expulsión por multa de 301 euros.

St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granda. Ponente Antonio de la Oliva Vázquez.

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Expropiación parcial. Indemnización. Criterios de indemnización

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el 30 de septiembre de 2010 y que desestima el recurso de reposición formulado contra el anterior acuerdo de fecha 25 de marzo de 2010, fijando en la cantidad de 62.371,74 € el justiprecio correspondiente a la expropiación de 2.017,93 m², constitución de servidumbre permanente de paso de 2.959,34 m² y ocupación temporal de 8.792,03 m² correspondientes a la finca enclavada en el paraje conocido como DIRECCION, en el término municipal de Carmona (polígono NUM002, parcela NUM003), acordada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino) para la ejecución del proyecto de “Modernización de la Zona Regable del Bajo Guadalquivir- Balsa para la regulación del canal entre el pk. 27,7000 y el 40,340- Balsa el Rosario”.

El Jurado Provincial de Expropiación valora separadamente los siguien-

tes conceptos: el valor del terreno, correspondiente a los 2.017,93 m² sobre los que el expropiado pierde el dominio, a razón de 60.000 €/Ha, justificando en el acuerdo que desestima el recurso de reposición que dicho valor se obtiene partiendo del mediante el método de capitalización de rentas, alcanzando un precio por hectárea de 45.372,29 € e incrementándolo, en relación siempre con la superficie expropiada, en un 32,24 % como consecuencia de los perjuicios derivados de la división de la finca. Por otro lado también se valora la servidumbre de paso a razón de un 70% del valor del terreno afectado por su constitución; la ocupación temporal en 1.252,10 €/ Ha; 367 árboles perdidos a razón de 92 €/árbol y el premio de afección (5% de la suma de las cantidades anteriores).

Frente al acuerdo impugnado, el expropiado considera que el justiprecio ha de alcanzar la suma de 398.267,33 €, según dictamen emitido por Ingeniero Agrónomo, con fundamento, principalmente, en el hecho de que solicitada la expropiación de la totalidad de la finca al resultar antieconómica, y denegada tal solicitud por silencio de la Administración, en virtud del art. 46 LEF, los perjuicios causados a valorar han de ir referidos a la superficie no expropiada que es la que sufre el demérito, en el presente caso cuantificado en un 100% de su valor. Además hace mención la demanda a la indebida ausencia en el acuerdo del Jurado de la valoración del sistema de riego afectado al resultar insuficiente la manifestación de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y aceptada por el órgano de valoración, de que procedería a su reposición.

La desestimación de la pretensión actora encuentra tanto un fundamento legal como un segundo que afecta al ámbito probatorio. Es cierto que a tenor del art. 46 LEF, en el supuesto de solicitud de expropiación de la totalidad de la finca y rechazo por la Administración de tal petición, habrá de incluirse en el justiprecio la indemnización de los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial de la finca. No obstante esta previsión legal ha de completarse con la limitación impuesta por el art. 46 del Reglamento de Expropiación Forzosa, al señalar que “el justiprecio a que se refiere el art. 46 LEF en ningún caso podrá ser igual o superior al que la Administración habría debido satisfacer de haber expropiado la totalidad de la finca de que se trate”, es decir, imposibilita que alcance el 100% de su valor como solicita el demandante. Junto a lo anterior hay que tener en consideración la circunstancia de ausencia de prueba de la alegada pérdida total de valor de la parte de la finca no expropiada. Tanto el dictamen aportado con la hoja de aprecio como el incorporado a este proceso, emitidos por el mismo Ingeniero Agrónomo, se incluyen una serie de consideraciones sobre la inviabilidad de la explotación, tales como su división en dos partes que impiden la eco-

nomía de escalas, pérdida de una superficie libre de 16 metros en toda la longitud diagonal de la finca por el radio de giro de la maquinaria utilizada con el consiguiente incremento de costes y merma de la producción y grave afectación del sistema de riego. Sin embargo no se incluye ningún estudio económico pormenorizado que efectivamente acrediten que la explotación del resto de la finca no expropiada resultara antieconómico. En realidad, los perjuicios a los que se refiere el Ingeniero Agrónomo informante debemos incluirlos en el ámbito del demérito ocasionado al resto de la finca como consecuencia de la expropiación, con la necesidad de proceder a su concreta valoración previa cumplida determinación del alcance de dichos perjuicios.

Llegados a este punto es cierto que el Jurado de Expropiación lo que valora son los perjuicios ocasionados por la división de la finca y no el demérito provocado por la expropiación. En cualquier caso, cuando la expropiación parcial de una finca produce un demérito en la porción restante, tal depreciación, como consecuencia directa de la expropiación, debe ser compensada adecuadamente, mediante una indemnización proporcionada al perjuicio real. Esto presupone la necesaria acreditación de los perjuicios causados y si bien el método para su valoración suele ser el de aplicar un coeficiente sobre el suelo no expropiado, siempre ha de evitarse caer en automatismos rechazable por lo desproporcionado de su resultado. En el presente caso nos encontramos con una finca con una superficie de 54.250 m², donde la superficie expropiada (2.017,93 m²), roza el 4% del total. De aquí que aplicar el porcentaje del 32,24 % del valor del terreno que fija el Jurado de Expropiación al 96% restante de la finca arrojaría un resultado valorativo de todo punto desproporcionado, particularmente cuando: 1º) no dispone este Tribunal de informe técnico alguno que concrete económicamente el perjuicio real ocasionado por lo antes apuntado sobre las carencias de los dictámenes aportados por el demandante; 2º) existe, de principio, una evidente desproporción entre el terreno expropiado y el que permanece en el dominio del demandante; 3º) en el acuerdo del Jurado de Expropiación se incluyen, siguiendo el informe del vocal, otros conceptos a valorar, tales como la pérdida de arboleda, la servidumbre de paso y los perjuicios por la ocupación temporal que vienen a incrementar el justiprecio recibido, frente a la hoja de aprecio del expropiado que se limita a valorar la totalidad de la finca y el sistema de riego y 4º) el incremento en casi un tercio del valor del terreno expropiado puede considerarse apropiado en la medida en que emana de un órgano especializado que responde a una composición de intereses diversos y que jurisprudencialmente se le ha reconocido presunción de acierto, sin que la misma haya quedado desvirtuada. Por último, en cuanto al sistema de riego, el mismo no es valorado por el

Jurado de Expropiación en tanto que no existe perjuicio debido al compromiso por parte de la Administración expropiante de reparar el daño que al mismo pudiera ocasionar la ejecución del proyecto. Esta solución hemos de estimarla correcta en cuanto que no se ha acreditado ni la realidad del daño ocasionado al sistema de riego ni que, de haberse producido, el mismo no se hubiera reparado o repuesto. Diferente es que, como consecuencia de la ejecución del proyecto expropiatorio parte de la finca no pueda ser regada con el sistema preexistente, pero la indemnización por tal perjuicio, de existir realmente tal y como refiere el demandante, estarla incluido en el incremento acordado por el Jurado de Expropiación en la valoración del terreno en el porcentaje antes referido.

St. de 3 de junio de 2013. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García

XIV. HACIENDA PÚBLICA. IMPUESTO DE SOCIEDADES

Se recurre contra la liquidación por el Impuesto de Sociedades cuestionando la forma en que se ha determinado la deuda tributaria, la improcedencia de la valor de las bases mediante el sistema de estimación indirecta y la valoración de la permuta.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada), de 23 de marzo de 2007, recaída en el expediente número 04/1048/2005, desestimatoria de la reclamación económico administrativa promovida el 15 de octubre de 2005 contra el acuerdo de 13 de septiembre de 2005 del Inspector Coordinador de la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Almería, que confirmó la propuesta de liquidación dimanante del acta modelo A02 número 71045652 por importe de 52.209,76 euros por el concepto del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios de 1999, 2000, 2001 y 2002.

La parte actora pese a que acota el Impuesto objeto de la presente litis al de Sociedades ejercicio 2003, lo cierto y verdad es que el acto de la Administración se refiere al Impuesto de los ejercicios 1999 a 2002, inclusive. Hecha esta precisión, la ahora impugnante en apoyo de la prosperabilidad de su tesis impugnatoria aduce en contra de la conformidad a derecho de la resolución cuestionada varios motivos, entre ellos, la discrepancia con la fecha que la Inspección establece como de inicio de las actuaciones; la improcedencia de la determinación de las bases imponible mediante el sistema de estimación indirecta, la inadecuada imputación

que hace la Inspección a los ejercicios de 2002 y 2003 de la permuta que se realizó en el año 2000 y la falta de motivación de esa valoración.

Según se constata en el acuerdo de liquidación consecuencia del acta incoada, la regularización tributaria de la mercantil demandante fue debida a la apreciación de diferencias entre las ventas declaradas por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2002, y las reales que figuran en las escrituras públicas incorporadas al expediente, todo ello, con causa en la promoción de un único edificio durante los años 1999 a 2003, con formalización de contratos públicos de venta de sus elementos integrantes a lo largo de los ejercicios 2002 y 2003, construcción que se lleva a cabo sobre un solar propiedad de la demandante y otro colindante de 73,70 m² adquirido de la mercantil AMEYERS, S. L., a cambio de edificación futura (una cochera cerrada, dos plazas de garaje, un local de negocio, una oficina, y una vivienda), cuya entrega se produce en escritura pública de 4 de octubre de 2000.

La base imponible se determina por el régimen de estimación indirecta, aunque solamente en lo referido a la determinación de los costes de las ventas del ejercicio porque las ventas referidas al mismo se han determinado en estimación directa, ello ha sido así por los motivos que se apuntan en el acta de inspección y en el informe de ampliación a la misma, procediéndose al cálculo del coste de la construcción por la diferencia entre el coste total del edificio terminado y el del solar sobre el que se asienta, considerando que el solar que era propiedad de la demandante se valora según su valor contabilizado a 31 de diciembre de 1999 y el del solar adquirido por permuta según valor de mercado a 4 de octubre de 2000 de los elementos de la propiedad horizontal a entregar a MEYERES, S. L., como construcción futura. El resultado así obtenido se incrementa con el producto de otros ingresos (ventas del ejercicio, arrendamientos, e intereses). Si bien, ha de indicarse que, conforme a lo determinado en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y como el solar adquirido de la mercantil AMAYERS, S. L., se valoró a efectos fiscales por el valor de mercado en el ejercicio 2000, se origina un ajuste extracontable positivo en el ejercicio de 2002 (51.121,79 euros) y un ajuste extracontable negativo en el ejercicio 2003 (menos 8.542,04 euros).

Se opone la demanda a la resolución que confirma ese acto de liquidación tributaria por indebida aplicación al caso del régimen de estimación indirecta y falta de motivación del método seguido para la determinación de la base imponible.

Sobre este extremo ha de indicarse lo siguiente. Las actuaciones de inspección se inician frente a la mercantil demandante el día 23 de septiembre de 2003, con alcance general, comprendiéndose en ellas el Impuesto sobre Sociedades, periodos 1999 a 2002, actuaciones que, con fe-

cha 11 de noviembre de 2004, quedan ampliadas, entre otros conceptos, al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2003.

Con la comunicación de inicio de actuaciones, se requiere a la demandante la aportación de los Libros Oficiales de Contabilidad de los ejercicios objeto de comprobación, petición que se reitera en comunicación de 23 de enero de 2004, y en diligencias de 26 de marzo de 2004, comunicaciones de 13 de mayo, 10 de noviembre y 2 de diciembre de 2004, además de otra posterior de 2 de junio de 2005, dándose la circunstancia añadida de que desde las actuaciones de 14 de junio de 2004, la demandante no comparece en la instrucción del procedimiento de inspección.

Consta en el expediente administrativo que la actora aportó los Libros Diarios de los ejercicios 1999 a 2001 aunque sin diligenciar; y los Balances, Cuentas Anuales y Libros Mayores de los ejercicios 2000 y 2001, sin embargo del ejercicio 2002 no aporta libros de contabilidad.

Desde la comparecencia diligenciada el 24 de mayo de 2004, el actuario ha venido solicitándole la aportación del criterio de imputación de costes aplicado por la sociedad correspondiente a cada uno de los periodos en los que se hayan realizado las ventas de los inmuebles construidos, sin que tal documentación fuera aportada a lo largo del procedimiento de inspección.

La imputación anual de costes correspondiente a los periodos en que se han producido las ventas de los inmuebles por parte de la entidad, aunque no es de obligada llevanza por la entidad mercantil, resulta de esencial importancia en el caso enjuiciado para la determinación de la base imponible del único edificio promovido por la actora, dado que a través de ese estado contable no sólo se aprecia como han ido incorporándose los gastos al proceso productivo de la mercantil sino que también permite determinar las existencias finales en cada uno de dichos ejercicios impositivos.

En efecto, de las normas reguladoras del Real Decreto 1.643/1980, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad donde se consagra el principio de correlación de ingresos y gastos, y de la Orden de 28 de diciembre de 1994 por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias, más concretamente, su Norma de Valoración 130, se refiere a las “Existencias”, apartado 5, especificando que la imputación de costes ha de basarse en índices objetivos que se ajusten a las prácticas habituales del sector, a fin de que los costes asignados a cada elemento o partida individualmente enajenable, sean lo más proporcionales al valor de mercado o de realización de los mismos, manteniéndose esos criterios de valor con carácter preestablecido y a lo largo del tiempo, que deben quedar detallados en las correspondiente memorias anuales.

Del sentir de esas disposiciones contables referidas a las empresas que operan en el sector inmobiliario, se deduce con evidente elocuencia que el criterio de imputación de costes ajustado a norma contable es determinante para la valoración de las existencias en este tipo de empresas al finalizar cada ejercicio económico, por lo que su ausencia imposibilita concretar la aplicación de costes de obra al proceso de obtención de los ingresos correspondientes como consecuencia de sus ventas, y conlleva, a su vez, la imposibilidad de calcular los rendimientos netos y el resultado contable de la empresa, es decir, la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Dispone el artículo 50 LGT de 1963, de aplicación al caso, *ratione temporis*, que el incumplimiento sustancial de las obligaciones contables por parte del obligado tributario, o bien, la resistencia o excusa al desarrollo de las actuaciones de inspección, son razones suficientes para que el actuario aplique el régimen de estimación indirecta de bases, pues de no prevenir tales circunstancias el texto legal, resultaría que el contribuyente incumplidor de sus deberes fiscales quedaría en mejor posición en el discurrir de un procedimiento de comprobación tributaria, que aquel otro contribuyente que escrupulosamente ha observado sus deberes fiscales y atendido diligentemente a los requerimientos de inspector actuario.

En el caso que ahora se enjuicia, parece evidente que la mercantil demandante ha inobservado en forma sustancial el seguimiento de sus obligaciones contables, dado que, como ya se ha expuesto, presenta unos registros contables sin diligenciar debidamente; no aporta todos los datos contables requeridos por la inspección; y de modo particular, no llega a señalar ni a incorporar al expediente el criterio seguido a lo largo de los ejercicios impositivos objeto de investigación para imputar los costes de producción empleados en el desarrollo de su actividad inmobiliaria, dato contable necesario para poder determinar cuáles han sido las existencias finales de cada período de imposición e imprescindible para concretar la base imponible del Impuesto. A todo lo cual, debe unirse que, concretamente, en el ejercicio 2003 no aportó los libros de contabilidad. Todo ese modo de proceder resulta significativo de que las obligaciones contables eran llevadas de forma irregular por la entidad demandante, lo que por sí mismo, es motivo suficiente para que la inspección tributaria acuda a la aplicación del régimen de estimación indirecta en los términos indicados en el citado artículo 50 LGT.

A mayor abundamiento, tampoco es posible pasar desapercibida la falta de comparecencia del representante de la sociedad en el desarrollo del procedimiento de inspección según queda recogido en diligencias de 31 de octubre de 2003 al 24 de enero de 2004; de 27 de febrero de 2004 al 26 de marzo de ese mismo año; del 29 de marzo al 24 de mayo de 2004; constatándose, asimismo, que desde el día 24 de junio hasta el cierre del

acta en disconformidad (27 de julio de 2005), no se personó en el desarrollo de esas actuaciones. Todo ello, resulta ser indicativo, cuanto menos, de falta de diligencia en su proceder, motivadora de la apreciación de un comportamiento obstruccionista y negativo al desarrollo de las actuaciones inspectoras, circunstancia ésta que también previene el artículo 50 LGT como posible causa de instrucción de un procedimiento de estimación indirecta de bases imponibles.

Las razones que se apuntan en la demanda tratando de hacer ver el diligente comportamiento de la mercantil demandante en el curso de las actuaciones inspectoras, no pueden ser consideradas por la Sala. Así, el hecho de que algunas de las escrituras de venta de inmuebles solicitadas en el curso del procedimiento de inspección ya se hubieran aportado en el discurrir de otras actuaciones de comprobación diferentes a las ahora desplegadas, no resulta óbice para que no se incorporaran a este nuevo expediente por la demandante, dado que se trata de procedimientos tributarios diferentes, y las supuestamente aportadas al primero de ellos -no hay prueba fehaciente de que lo hubieran sido- probablemente quedaron integradas en el expediente instruido al efecto, sin que, debido a los avatares resultantes de aquellas actuaciones administrativas (posible impugnación y traslado de expediente), que desconocemos, pueda deducirse el deber de la Administración de dar traslado de dichos documentos desde el cuerpo de un expediente administrativo instruido a otro cuyas actuaciones se inician posteriormente.

En cuanto al contenido de la diligencia de 29 de noviembre de 2004 requiriendo la entrega de los Libros Diario, Balances, Mayores, de Cuentas Anuales de 2002 que, según la actora, ya habían sido aportados en fecha 20 de mayo de 2004, es momento de recordar lo indicado con anterioridad, esto es, que los Libros Diarios se hallaban sin diligenciar, que en el ejercicio de 2002 no aporta libro de contabilidad ninguno y, sobre todo, que nunca llegó a explicar al actuario cuál había sido el criterio de imputación de costes empleado por la mercantil, pese a haber sido requerido reiteradamente para hacerlo. Y sin perjuicio de todo ello, lo cierto y verdad es que la demanda nunca da explicaciones de por qué desde el 14 de junio de 2004 hasta la conclusión de las actuaciones inspectoras, el representante de la entidad no compareció en el desarrollo del procedimiento de inspección.

Como quiera que el escrito de demanda, en su razonamiento jurídico número 4 insiste en lo innecesario del criterio de imputación de costes reiteradamente requerido por el actuario, sin éxito alguno, la Sala desea hacer algunas precisiones añadidas a lo ya antes indicado a propósito de la transcendencia de este dato para la correcta concreción del resultado contable de la mercantil demandante durante los ejercicios en que dedicó

su actividad a la construcción del edificio posteriormente promovido y vendido a lo largo de los años 2002 y 2003, sobre todo, considerando que, además de las ventas efectuadas a terceros como consecuencia de esa promoción inmobiliaria, una parte de la misma se entregó a AMAYERS, S.L. como contraprestación de la permuta del solar del 73,70 m², y otra parte de lo edificado se lo quedó en propiedad la demandante.

La diferente finalidad de la obra edificada en los términos que se acaban de exponer, hacia más necesaria, si cabe, la especificación de la distribución de los costes (gastos) empleados en la ejecución de la edificación construida para poder así determinar el porcentaje de los mismos que se corresponde con los costes directos empleados en la construcción y el derivado de los costes indirectos utilizados en su desarrollo y ejecución, sin dejar en el olvido que como la venta y redistribución de lo edificado (parte a terceros, otra parte a AMAYERS, S. L., en pago de obra futura, y otra parte que pasa a propiedad de la propia demandante) se llevó a cabo a lo largo de los años 2002 y 2003, precisaba de una especificación del criterio seguido en la imputación de los costes originados por la obra y su redistribución en el tiempo en que fue objeto de transmisión a fin de concretar el resultado contable en cada uno de esos ejercicios y, por ende, los resultados de explotación.

Todo cuanto aquí se ha razonado conduce a señalar que la aplicación del régimen de estimación indirecta ha de entenderse correctamente justificado y motivados los medios empleados por el actuario para alcanzar aquella magnitud tributaria, considerando, además, que la estimación indirecta se ha aplicado solamente para determinar el coste que hade imputarse a los elementos de la promoción inmobiliaria vendidos en los ejercicios 2002 y 2003, cuantificándose el resto de los componentes de la base imponible por régimen de estimación directa. Por todo ello, procede desestimar la pretensión de la demanda formulada en la defensa de la falta de oportunidad y motivación de la aplicación de ese régimen para la concreción de magnitudes tributarias.

En cuanto al fondo del asunto, la demanda se muestra contraria con la liquidación tributaria practicada administrativamente considerando que ha sido errónea la valoración hecha del negocio de permuta concertado entre la actora y AMEYERS, S. L. en virtud de la cual, esta mercantil entregó a la demandante un solar de 73,70 m² a cambio de edificación futura cuya especificación ha quedado detallada en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia.

En esencia, el fundamento de la demanda se basa en que tanto el elemento transmitido por la actora (edificación futura) como el elemento adquirido (solar) han de cuantificarse por su valor de mercado, no en función del valor neto contable de las edificaciones a entregar de futuro

como hace la inspección tributaria. Y desbroza su desarrollo argumentativo siguiendo, prácticamente en su literalidad, el sentir de una sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005, 208963), en la que el órgano jurisdiccional tras una disertación sobre la calificación como permuta del negocio jurídico consistente en la entrega de solar a cambio de edificación futura (calificación del negocio jurídico que no se discute por las partes en el caso de autos), concluye que *en la permuta, aplicando lo establecido en el artículo 15, apartado 1, letra e) y 3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, deberá valorarse el activo adquirido por su valor de mercado en el momento en el que se ha realizado la operación. El activo adquirido es el derecho a recibir en el futuro ciertos inmuebles, y por tanto, es ese derecho el que hay que valorar, y no, como realizó la Administración tributaria erróneamente, el valor del bien entregado finalmente* . Si bien, ha de indicarse que la mercantil recurrente ante la Audiencia Nacional no fue la que recibió el solar en el negocio de permuta sino quien lo transmitió a cambio de obra futura, por lo que las conclusiones alcanzadas en dicho pronunciamiento no pueden ser trasladadas, sin más, al caso ahora enjuiciado.

El artículo 15.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades , establece que deben valorarse a valor de mercado los elementos patrimoniales adquiridos por permuta, y en su apartado 3 párrafo segundo, añade que las sociedades integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los bienes adquiridos y el valor contable de los entregados, debiéndose producir esa integración de la renta en el periodo impositivo en que se realicen las operaciones a que dicha renta se refiere conforme a lo establecido en el artículo 19.1 cuando afirma que los ingresos y gastos deben imputarse en el periodo impositivo en que se devengan atendiendo a la corriente real de bienes. Llegados a este punto hay que estar a lo dispuesto en la Regla 180 de las recogidas en la Orden de 28 de diciembre de 1994 que aprueba normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, según la cual, cuando se trate de elementos patrimoniales integrados en el activo circulante de la sociedad (es esta la condición que tiene el solar adquirido en permuta) valorados a valor de mercado, la entidad adquirente del terreno integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor de adquisición en el periodo impositivo del devengo de ese ingreso, es decir, en el momento de la venta de las viviendas construidas, lo que significa que el valor de mercado a que se refiere el artículo 15 del TRLIS se debe tener en cuenta en el momento en que la construcción permutada se encuentra en condiciones materiales de ser entregada, o sea, cuando se halle materialmente terminada.

En consecuencia, en los casos de permuta de solar por edificación futura, la entidad que adquiere el solar y a cambio entrega las edificaciones

futuras, debe integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado del activo recibido (solar sobre el que se proyecta la promoción de edificaciones), y el valor contable del elemento transmitido (coste de los inmuebles), ahora bien, como el valor contable de éstos no es posible conocerlo sino en el momento de su entrega efectiva, hay que estar a ese instante para su determinación, con lo cual, en los casos como el ahora enjuiciado, el problema se plantea en el período impositivo en que debe procederse a la integración en base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la diferencia entre el valor de mercado del solar recibido y el valor de la edificación futura, convirtiéndose estas situaciones en la solución de un problema de imputación temporal de rentas. O dicho de otro modo, el incremento de valor experimentado por la diferencia entre el valor de mercado del solar y el contable de lo edificado, ha de imputarse al promotor que recibe el solar cuando las construcciones estén en condiciones de entrega material, esto es, cuando los inmuebles estén sustancialmente terminados.

Examinado el expediente administrativo y, de manera particular, el informe de ampliación anexo al acta de inspección, se deduce que no ha sido otro el modo de proceder del actuario para regularizar la situación tributaria de la demandante. En efecto, para la determinación de la base imponible se ha partido del coste total del solar (el que ya se hallaba contabilizado por la mercantil demandante como parte de su activo, y el recibido por permuta de AMEYERS, S. L. que tendrá la consideración de circulante). El solar objeto de permuta se valora a valor de mercado del año 2000 considerando el valor de mercado a esa fecha de los elementos de propiedad horizontal a entregar como obra futura a la entidad permutante. A esos efectos, la Administración tributaria ha utilizado los contratos de venta formalizados por la demandante en escritura pública, además de los obtenidos a través de Internet para determinar precios medios de mercado -modo de proceder este último que la demanda, critica abiertamente pero que, en sí mismos considerados, no ofrecen perturbación alguna en lo referente a la determinación del coste del solar así valorado-.

Las operaciones descritas arrojan un valor del solar objeto de permuta de 715.579,74 euros del que se deduce el importe que, en metálico, AMEYERS, S. L., debía satisfacer a la demandante (51.086,03 euros), concretándose en la cifra de 664.493,71 euros que, sumados al coste del solar propiedad de la actora según reflejo contable (2.662.384,07 euros) suponen un valor total del solar objeto de construcción de 3.326.877,78 euros.

El coste así determinado del solar se distribuye entre los diferentes elementos de la propiedad horizontal según precios medios de mercado de venta y se obtiene el coeficiente por cada elemento imputable al coste del solar, según los coeficientes así calculados.

A continuación se procede a determinar el coste de la construcción y la diferencia entre su coste total y el del solar antes calculado, se distribuye entre los distintos elementos de la propiedad horizontal, obteniéndose así el valor de la edificación entregada a cambio de solar.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, dado que el solar objeto de permuta se ha valorado a valor de mercado, es necesario efectuar los ajustes extracontables que procedan, es decir, según se hayan producido incrementos o minoraciones en el coste de la construcción a lo largo de su ejecución deberá corregirse el valor del solar previamente determinado. Y en el caso enjuiciado, el actuario realiza esos ajustes extracontables determinando un ajuste extracontable positivo en el ejercicio de 2000 de 51.121,79 euros y un ajuste extracontable negativo en el ejercicio de 2002 determinado en función de las unidades de propiedad horizontal vendidas en el ejercicio, que se estima en el 73,49%, resultando ser así el ajuste extracontable negativo de 37.569,40 euros; en tanto que para el ejercicio de 2003, el ajuste extracontable negativo se cifra en 8.501,55 (16,63% de 51.121,79 euros), con arreglo a los cuales se han girado las liquidaciones correspondientes, razón por la que ningún vicio de anulabilidad cabe apreciar en las actuaciones seguidas por la inspección tributaria, ni tampoco, en el modo de llegar a determinar la deuda tributaria. Primero, porque frente a lo alegado en el escrito de demanda, el valor del terreno adquirido por la mercantil demandante en negocio de permuta se ha valorado conforme a valor de mercado de los elementos a entregar como edificación futura referidos al año 2000. Segundo, porque solamente se ha valorado la construcción pactada como entrega a cambio del solar adquirido. Tercero, porque se ha procedido a integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades la diferencia entre el valor de mercado de los bienes adquiridos (el solar) y el valor contable de los transmitidos (la edificación pactada a cambio), haciéndolo en los ejercicios impositivos en que se han ido produciendo las ventas. Y por último, como el solar quedó determinado por su valor de mercado, ha sido necesario efectuar los ajustes extracontables correspondientes en los términos prevenidos por el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2002 y 2003.

De cuanto antecede no cabe sino concluir que el acto de liquidación tributaria se ajusta a derecho, como también es conforme a derecho la resolución que lo confirma, debiendo quedar desestimado, por ello, el presente recurso contencioso-administrativo.

St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granada. Ponente José Antonio Santandreu Montero

XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad sanitaria. Interrupción voluntaria del embarazo. Daño supuestamente causado por los Servicios del Hospital Infanta Margarita de Cabra, al no haberse detectado durante el embarazo, a tiempo para abortar, el padecimiento de acondroplasia (enanismo) que sufre su hijo, daño que aquélla valora en la cantidad de 120.000 euros. La desestimación del recurso se basó en la prescripción de la acción administrativa para reclamar, así como en la inexistencia de mala praxis en el examen y atención a la apelante, sin que se encontrara irregularidad alguna en la detección del padecimiento una vez superado el plazo legal admitido para la interrupción voluntaria del embarazo. La Sala revoca la Sentencia del Juzgado. Computo de la evolución del padecimiento.

La sentencia apelada desestimó el recurso promovido en relación con desestimación por silencio administrativo, confirmado en resolución de 15 de octubre de 2007, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de la solicitud presentada por la recurrente el día 23 de junio de 2006, de reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño supuestamente causado por los Servicios del Hospital Infanta Margarita de Cabra, al no haberse detectado durante el embarazo, a tiempo para abortar, el padecimiento de acondroplasia (enanismo) que sufre su hijo, daño que aquélla valora en la cantidad de 120.000 euros.

La desestimación del recurso se basó en la prescripción de la acción administrativa para reclamar, así como en la inexistencia de *mala praxis* en el examen y atención a la apelante, sin que se encontrara irregularidad alguna en la detección del padecimiento una vez superado el plazo legal admitido para la interrupción voluntaria del embarazo, aspectos estos sobre los que versan los diversos motivos del recurso, que al mismo tiempo denuncia la indebida inadmisión en la primera instancia de determinadas pruebas, cuya práctica se reclama en esta segunda de acuerdo con lo establecido por el artículo 85.3 LJCA.

Con todo, para el rechazo de la extensa argumentación que conforma el recurso es suficiente con mantener la procedencia de aquella objeción de prescripción observada por el Juzgador *a quo* en su sentencia, objeción también apreciada por el Consejo Consultivo de Andalucía en su preceptivo informe y que la Sala está igualmente de acuerdo en admitir, y ello teniendo en cuenta que la reclamación administrativa, como se ha dicho, se presentó el día 23 de junio de 2006, una vez transcurrido el plazo del año que a estos efectos contempla el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, computado, en los términos del artículo 1969 CC, desde el momento en que la acción pudo ejercitarse, es decir, desde el día 31 de mayo de 2005, en el que se hizo constar en la hoja de

curso prenatal (folio 36 del expediente administrativo), que el feto había sido diagnosticado de enanismo.

Frente a ello, de nada sirve la invocación que se hace en apelación de la existencia de dos solicitudes de documentación clínicas dirigidas por el esposo de la recurrente al Hospital Infanta Margarita de Cabra, y fechadas los días 9 de septiembre de 2005 y 14 de marzo de 2005, solicitudes de las que además de desconocerse su fecha de presentación, en ningún momento dejaban constancia de la finalidad que con dicha solicitud se formuló ni, por lo tanto, puede entenderse que constituyeran por sí solas cualquier tipo de reclamación de responsabilidad alguna que sirviera para interrumpir el plazo de prescripción de acuerdo con el artículo 1973 CC.

Tampoco merece objeción alguna la veracidad del contenido de aquella hoja de curso prenatal, que aparece suscrita por el Dr. Donato, sin que, considerada la existencia de dicho documento y frente a lo que se dice por la apelante, recayera sobre la Administración sanitaria la prueba de la bondad de dicha información o de la cualificación del facultativo para emitirla o dejar constancia de ella, correspondiendo por el contrario a aquella la prueba contraria, prueba que en ningún momento se llevó a los autos.

En cualquier caso, tales determinaciones quedarían plenamente confirmadas el día mismo del nacimiento del niño, el día NUM000 de 2005, cuando pudo observarse que, en efecto, presentaba la afección (así puede verse en hoja operatoria; folio 8 de la historia clínica), la cual, como ha quedado indicado en las actuaciones administrativas (por ejemplo, en el informe del Servicio de Aseguramiento y Riesgo del Servicio Andaluz de Salud; folio 45 del expediente), resultaba manifiesta ya a partir de la 24.^a de embarazo, siendo marcada en el tercer trimestre, cuanto más al nacimiento, sin que, por lo tanto, el informe de 26 de junio de 2005, de la Unidad de Neonatología del Servicio de Pediatría, a que se refiere la apelante, pudiera añadir otra cosa que la definición técnica del origen de la supuesta malformación.

En consecuencia, por esta sola razón, la demanda merecía ser rechazada, por lo que, en consecuencia, sin necesidad de entrar en el resto de las argumentaciones de la recurrente, que en realidad se subordinaban a las introducidas en relación con la citada prescripción (y sin necesidad tampoco de acceder a la solicitud probatoria formulada, ligada a aquellas otras argumentaciones), el presente recurso debe ser íntegramente desestimado, y ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 139.2 LJCA, con la condena de la apelante al pago de las costas causadas en esta instancia, al no observarse razones que otra cosa recomienden.

St. de 6 de junio de 2013. Sala de Sevilla. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez.

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

Oficina de Farmacia. Inejecución de Sentencia por presunta dificultad para ubicar la ganada por la Sentencia.

Solicita la parte apelante que se revoque la resolución recurrida y se acuerde tener acreditada la causa de inejecución de la sentencia dictada en este procedimiento, fijando en consecuencia la indemnización que proceda por la imposibilidad del cumplimiento del fallo. Sostiene que es perfectamente posible que la causa que motiva la imposibilidad ejecutar la sentencia sea puesta de manifiesto por ella, resaltando que la postura de silencio y pasividad de la Administración la hace estar conforme con ella. Tras afirmar que la indemnización sustitutoria cumple la función de resarcir a la parte vencedora en el juicio, y resaltar que la ubicación de la farmacia de la señora Mari Juana es fruto directo del incumplimiento de los plazos legales establecidos para tramitar los expedientes administrativos y la instalación de ésta se produjo casi cuatro años después de la solicitud de la recurrente, sostiene que el cumplimiento de la sentencia choca con el derecho que tiene reconocido por sentencia firme, siendo imposible la instalación en un local a 250 metros de la oficina de farmacia de la señora Mari Juana por las razones contenidas en el informe pericial y el escrito dirigido a la Administración que reseña.

La representación procesal de D^a. Mari Juana insiste en que la parte que debe exponer al Juzgado la imposibilidad de la ejecución de sentencia es el órgano administrativo encargado de cumplir el fallo, en este caso la Delegación Provincial de Salud, que en ningún caso tiene carácter de coadyuvante de la postura de la recurrente, además de haberse suscitado de forma extemporánea, excediendo el plazo de dos meses indicado el párrafo segundo del artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Afirma que para declarar la imposibilidad de ejecución ésta debe ser real, cierta, efectiva e incuestionable, circunstancias que no se cumple en este caso, pues aunque concurra una dificultad, la ejecución de la sentencia que nos ocupa no afecta a la de la sentencia número 731/2003, pues no fijaba que su farmacia hubiera de instalarse en un concreto local. Sostiene que no está acreditada la imposibilidad de encontrar un local para instalación de su farmacia, y que la de la recurrente efectivamente ha cerrado, colocando un cartel en el que se anuncia que se informarla próximamente de la apertura de la oficina de farmacia en un nuevo local.

La Administración demandada niega que su postura sea conforme con la de la recurrente, negando que exista imposibilidad de ejecución de la sentencia, que de hecho ya se encuentra cumplida porque tras el dictado

de la oportuna resolución administrativa la recurrente ha cesado su actividad en la indicada oficina, y porque la dificultad que pone de manifiesto no afecta al cumplimiento de esta sentencia.

En primer lugar, hemos de partir de que la sentencia dictada en este procedimiento declaraba la anulación de la resolución por la cual se concedía autorización de instalación de oficina de farmacia en la calle Fuente del Alamillo número 12 de Jaén, de que era titular D^a. Montserrat, y en ella se dejaba constancia de que la preferencia para la instalación de la citada oficina de farmacia correspondía a D^a. Mari Juana, determinada por la sentencia de esta Sala número 27/2005 de 24 de enero de 2005. La inexecución de las sentencias es algo expresamente previsto en el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y sus causas deben interpretarse de forma absolutamente restrictiva, pues su párrafo primero dice: *no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo*. En congruencia con ello, comienza el párrafo segundo afirmando que las causas para no ejecutar una sentencia han de ser *de imposibilidad material o legal*, y establece el procedimiento a seguir: *el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*.

A tenor de esta regulación, el único legitimado para instar la declaración de imposibilidad de cumplimiento es la Administración encargada de ejecutar el fallo, pero no el particular, quien, en su caso, debe solicitarlo a la Administración y frente a su desestimación promover un recurso contencioso administrativo autónomo. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 (recurso número 7639/2005) establece: *ahora bien, nuestra jurisprudencia se ha manifestado tradicionalmente más restrictiva cuando el interesado en la inexecución del fallo es el particular a quien perjudica. Así, este Alto Tribunal ha señalado que el incidente para declarar la imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia no puede ser promovido en vía jurisdiccional por los particulares personados en las actuaciones. La consecuencia de este criterio es que el particular o las corporaciones, que no tengan la condición de Administración condenada, deben solicitar la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia de la correspondiente Administración e interponer contra ella recurso contencioso-administrativo, si la petición se resuelve desfavorablemente. Esta es la posición adoptada, en ocasiones, por este Alto Tribunal que admite la facultad de los particulares (o de las corporaciones que actúan como particulares) personados en las actuaciones de solicitar de la correspondiente Administración dicha declaración de imposibi-*

lidad de ejecución de la sentencia pronunciada y de interponer después contra la resolución, expresa o tácita, los oportunos recursos en la vía administrativa y en la judicial (ATS de 15 de marzo 1989).

Aunque el anterior razonamiento ya es suficiente para desestimar el recurso de apelación, confirmando el primer razonamiento contenido en el auto impugnado, se ha puesto de manifiesto que tras el dictado del acuerdo de 11 de febrero de 2008 de la Delegación Provincial en Jaén de la Consejería de Salud, la hoy recurrente ha cesado la actividad de farmacia en el emplazamiento citado desde las 14:30 horas del 21 de abril de 2008, por lo que la sentencia que nos ocupa ya se encuentra íntegramente cumplida. Son totalmente ajenas a este procedimiento, como bien ha manifestado la Administración demandada, las dificultades (que no imposibilidad de sentido estricto) que pueda tener la recurrente para encontrar un local donde instalar la oficina de farmacia que le fuera concedida por la sentencia de esta Sala número 731/2003, que le autoriza a la apertura de una oficina de farmacia en el núcleo a que se refiere, pero la mencionada sentencia no se pronunciaba sobre la procedencia de que dicha instalación se refiera a un concreto local (Fundamento de Derecho Segundo). En todo caso, ello está relacionado con el cumplimiento de ésta, y podrá dar lugar a que la recurrente promueva el incidente de ejecución, pero no afecta a la dictada en este procedimiento. Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto impugnado.

St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granada. Ponente Rafael Rodero Frias.