

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

IV. BIENES PÚBLICOS.

Medio Ambiente. Prohibiciones al cultivo de olivar no previstas en el Decreto 354/2009 declarando el terreno BIC. Improcedencia. Cultivo de olivar.

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la desestimación presunta, por parte de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Bienes Culturales y Museos, de fecha 5 de mayo de 2017, que resolvió no autorizar la plantación de olivar en el paraje "VEGAS ALTAS-ZONA PATRIMONIAL DE OTIÑAR", de Jaén, solicitada por el esposo de la recurrente en fecha 13 de octubre de 2016.

SEGUNDO.- La solicitud no autorizada tenía por objeto plantar unas 3.000 estacas de olivar en la propiedad de la recurrente, en el mencionado paraje, declarado como Bien de Interés Cultural mediante Decreto 354/2009, de 13 de octubre (BOJA, de 16 de octubre siguiente).

Dice la parte actora que la denegación de la autorización gira en torno a la idea de no permitir la plantación de un nuevo cultivo allí donde, según criterio de la Administración demandada, no ha existido jamás. Se puede, según el criterio de la Administración, cambiar de cultivo siempre que se vuelva a uno que existía con anterioridad. Pero lo que es indiscutible, expone la actora, es que el Sector B3 (el indicado paraje), donde se encuentran las 15 hectáreas que se pretende cultivar de olivar, está conformado, además de por alguno de esos cultivos (pastizal o huerta), en un 31,5% de su superficie por olivar, es decir, por la plantación que pretende la actora. Sostiene que, desde hace al menos 100 años, ha sido el olivar el uso tradicional en ese Sector.

La parte demandante se remite a las alegaciones formuladas en su recurso de alzada, y concluye que, por un lado, se vulnera el Decreto por el que se ha declarado el BIC, ya que impondría una nueva condición no ajustada a la norma a las actividades agrícolas permitidas, como son las "nuevas plantaciones" o los "cambios de cultivo", pudiendo únicamente operar

* Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

cuando el cultivo fuese el existente con anterioridad a la promulgación del BIC, cuando el Decreto nada dice acerca de eso; y, por otro, se le está limitando, de forma muy grave, su derecho de propiedad, consiguiendo con ello reforzar la posición de la Administración demandada de no autorizarle jamás ninguna otra nueva plantación de olivar en la zona, lo que resulta perjudicial para nuestra economía y va contra la normal expansión de este cultivo y que dota a la provincia de Jaén de esa singularidad a nivel mundial.

En los fundamentos de derecho desarrolla la actora sus argumentos en relación con: los límites de la discrecionalidad técnica en la toma de decisión administrativa, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, derecho subjetivo, protegido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a las injerencias producidas por la protección de bienes culturales. Doctrina jurisprudencial (primero). Vulneración de la normativa aplicable. Posibilidad legal de "nueva plantación", siempre que cumpla con los requisitos y objetivos del Decreto por el que se crea el BIC. Posibilidad de implantación de un "cambio de cultivo", sin limitar este derecho a un cultivo existente con anterioridad a la promulgación del BIC. Especial atención a las circunstancias concurrentes del caso (segundo). Cambio de criterio injustificado. Causa de anulabilidad. Doctrina jurisprudencial (tercero).

La Administración demandada se opone a la demanda con sustento en que la denegación de la autorización de cultivo se debe a los informes que obran en el expediente administrativo, habiendo empleado criterios de carácter exclusivamente técnico, y niega que exista violación del principio de igualdad.

TERCERO.- El artículo 1.2 del Decreto 354/2009, de 13 de octubre, por el que se inscribe en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Bien de Interés Cultural, con la tipología de Zona Patrimonial, el Bien denominado Otíñar, en el término municipal de Jaén, establece que:

"1.2. Con el fin de evitar daños irreparables a los elementos patrimoniales emergentes o soterrados y al paisaje consolidado, requerirá autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico:

- a) Las nuevas plantaciones.
- b) Los cambios de cultivo (...).

La resolución del presente recurso contencioso-administrativo depende, única y exclusivamente, de la decisión que se adopte en torno a la posibilidad o no de plantar olivar en los terrenos de la recurrente, afectados por la declaración de Bien de Interés Cultural (BIC).

Pues bien, sin necesidad de mayores esfuerzos dialécticos, hemos de estimar el presente recurso contencioso-administrativo, toda vez que carece de sentido, razón y fundamento limitar la posibilidad de cultivo a que sea de la misma plantación anterior a la aprobación del BIC, condición que, en modo alguno, se desprende del Decreto en cuestión. En efecto, amén de equivocarse la Administración al hacer referencia a la ejecución de obras cuando lo que se pretende por la recurrente es la plantación de olivar, la Administración no ha acreditado que, con el cultivo pretendido de olivar, no se cumplan los objetivos que la regulación de dicho Decreto persigue de "mantener y mejorar el paisaje", "garantizar la conservación de todos sus bienes integrantes" y "asegurar que los usos del suelo sean compatibles con la conservación del bien patrimonial", es decir, no ha probado que tal cultivo sea incompatible con los elementos patrimoniales a proteger o con las especies arbóreas o autóctonas.

Por otro lado, asiste la razón a la actora cuando asevera que la Administración ha cambiado injustificadamente de criterio, puesto que ha permitido, tácitamente, la plantación de un cultivo de olivar en unas zonas del Sector de las Vegas Altas, en el Sector B3, con posterioridad a la promulgación del Decreto de la Zona Patrimonial, en las que existen estacas de olivar, que, a día de hoy, no se han retirado. En este sentido, D. Eleuterio, Licenciado en Humanidades, en su informe pericial aporta algunas fotografías demostrativas de que, en el año 2011 e, incluso, 2015, existen estacas que se plantaron en la zona meridional del paraje. Dicho perito concluye que "(...) no resulta exacta la argumentación jurídico-técnica de la Administración autonómica cuando afirma que la imagen actual consolidada en las Vegas Altas se la de pastizal, aceptando como usos de este espacio su mantenimiento como "pastos" o su "reutilización con cultivos tradicionales o previos", pues sencillamente, del estudio técnico realizado, la imagen actual mayoritaria es la de olivar y tierra arable", añadiendo, por un lado, que "(...) no se entiende la razón por la que no se autoriza la plantación de olivar, cuando por otro lado en la Propuesta notificada por la Delegación de Cultura indica que se acepta la "reutilización con cultivos tradicionales o previos" de las vegas, siendo precisamente el olivar el cultivo más extendido en la Zona Patrimonial y estando presente en las Vegas Altas", y, por otro, que "(...) queda demostrado que el olivar es un cultivo tradicional tanto en la Zona Patrimonial como en las Vegas, al existir en las referidas zonas desde la década de 1830, tal y como consta en la documentación histórica utilizada al efecto" (vid. página 32 del expediente administrativo 2/2, y las fotografías obrantes en las páginas 34 y 35 del mismo). Consta informe del mismo

técnico en las páginas 82 a 96 del indicado expediente administrativo, en el que se reiteran idénticas conclusiones.

En definitiva, lo que es evidente es que el olivar, como cultivo, es el mayoritario en el Sector de las Vegas Altas, siendo feble el argumento de la Administración para denegar la autorización solicitada con el pretexto de que, en las concretas 15 hectáreas donde se pretende implantar el olivar, no estaba ese cultivo, pero no así en el resto del sector, cuyo uso mayoritario ha quedado corroborado.

Razones, todas las cuales, como hemos anticipado, culminan en la estimación del presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Las costas procesales causadas en este recurso han de imponerse a la parte demandada, conforme al artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, si bien, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 de dicho precepto, los honorarios de Letrado se limitan a la cantidad de 1.500 €.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso presente,

FALLO

Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DOÑA Ángeles frente a la desestimación presunta, por parte de la CONSEJERÍA DE CULTURA, TURISMO Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, del recurso de alzada formulado contra la Resolución de la DIRECCIÓN GENERAL GENERAL DE BIENES CULTURALES Y MUSEOS, de fecha 5 de mayo de 2017, de que más arriba se ha expresado, dictada en el expediente C.P.P.H. nº 331/16, actos administrativos presunto y expreso que anulamos por no ser conformes a derecho, y ordenamos a la Administración que conceda la autorización de la plantación de olivar en el paraje "VEGAS ALTAS-ZONA PATRIMONIAL DE OTIÑAR", de Jaén, en su día solicitada por la parte actora, y con expresa imposición a la Administración demandada de las costas procesales causadas en este recurso, con la limitación expresada.

(St de 24 de febrero de 2022. Sala de Granada. Ponente Jesús Rivera Fernández)

XI. DERECHO FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Tutela judicial efectiva e inadmisión del recurso. Urbanismo. Estimación parcial: el Ayuntamiento debe iniciar el expediente sancionador solicitado por el demandante, sin pronunciarse sobre el resultado.

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia número 273, de fecha 14 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Jaén, cuyo fallo dice así:

"QUE DEBIA DECLARAR Y DECLARABA LA INADMISION POR EXTEMPORANEO de la demanda de recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Maximino , contra AYUNTAMIENTO DE MANCHA REAL, constando como codemandada Asociación Administrativa de Cooperación del Polígono Industrial de Mancha Real (URPIMAN), frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada, en fecha 24/11/2016, al amparo del art. 6 LOUA; todo ello con expresa imposición de costas procesales al recurrente."

En la sentencia apelada se desestima en primer lugar la causa de inadmisión, alegada por las demandadas, consistente en la existencia de desviación procesal al no ser el mismo *petitum* el del escrito de interposición del recurso contencioso administrativo, y el de la demanda, pues en el primero se solicita el inicio del procedimiento de revisión de oficio, del art. 106 LPAC para la declaración de nulidad del proyecto de urbanización, y en el escrito de demanda se solicita directamente la nulidad de pleno derecho de dicho proyecto, sin referencia alguna al inicio del procedimiento de revisión alguno. Causa de inadmisión que desestimó el Juzgado a quo, por cuanto en el escrito que dio origen al procedimiento administrativo se solicitó que se tuviera por formulada denuncia urbanística, al amparo de lo dispuesto en los arts. 58 y 59 de las NNSS de Mancha Real, y art. 6 LOUA sobre la ejecución irregular de la prolongación de la vía de apertura calle A en su longitud ajena a la delimitación de la UE-15. Desestimando tal causa de desviación procesal porque la solicitud en vía administrativa y en la demanda se hacen de manera similar, solicitándose directamente la declaración de nulidad del proyecto de urbanización.

En cambio, en la sentencia sí se apreció la causa de inadmisibilidad -también aducida por las demandadas- por el motivo de extemporaneidad de la interposición del recurso contencioso administrativo, por dirigirse contra acto firme y consentido, pues el plazo del art. 6 LOUA para el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo es de aplicación para las obras

ejecutadas sin licencia o sin atenerse a las condiciones de la misma, pero no para las ejecutadas conforme a licencia, que es el caso de autos que cuenta con proyecto de urbanización aprobado en 2008, publicado el 18/03/2008, y quedando firme y consentido al no haber sido impugnado, ni en el seno de la Junta de Compensación constituida, ni tras su publicación en el BOP, y del que el recurrente tenía cabal conocimiento al ser titular de una parcela en el UE-15, por lo que al no ser recurrido en el plazo legal de dos meses (art. 46.1 LJCA), impide que ahora se pretenda la nulidad de pleno derecho del mismo. Apreciación del motivo antes relatado que llevó a que la sentencia inadmitiera el recurso contencioso administrativo interpuesto y que ahora se recurre en apelación.

SEGUNDO.- El actor apela la sentencia por indebida inadmisión del recurso contencioso administrativo, por ocasionar una vulneración del derecho fundamental a la tutela efectiva (art. 24), y del principio pro actione. Para resolver el recurso de apelación hemos de comenzar por examinar la solicitud que el actor hizo al Ayuntamiento de Mancha Real, en fecha 25 de noviembre de 2016, y que con incumplimiento municipal del deber de resolver la solicitud, obligación establecida en el art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En dicho escrito presentado ante el Ayuntamiento por el Letrado D. Ildelfonso Cruz Cabrera, en representación del actor, se solicitó:

"Que tenga por formulada denuncia urbanística, al amparo de lo dispuesto en los arts. 58 y 59 de las NN.SS. de Mancha Real, y al art. 6 de la Ley 7/2002 (LOUA) sobre la ejecución irregular de la prolongación de la vía de nueva apertura Calle "A" en su longitud ajena y exterior a la delimitación de la UE-15, ordenando al promotor de la urbanización la adopción de medidas para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, hasta dejar los terrenos exteriores a la UE-15 libres y expeditos, en las condiciones en que se encontraban anteriores a la indebida ejecución de las obras, y declare ese Ayuntamiento, conforme a los arts. 62 y 102 de la Ley 30/1992 (vigente al momento de los hechos denunciados) la NULIDAD de cualquier proyecto de obra o urbanización, en lo que afecte a dicho tramo de obra denunciado, que haya sido indebidamente proyectado."

En el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo el actor, momento procesal en el que se define el objeto del proceso, señaló que se interponía contra "la desestimación por silencio administrativo, del AYUNTAMIENTO DE MANCHA REAL, de la solicitud de adopción de medidas para restauración del orden urbanístico vulnerado en la

ejecución de la prolongación de la calle "A" de la UE-15 de Mancha Real y procedimiento de revisión conforme al art. 62 y 102 de la Ley 30/1992 (hoy arts. 47.1 y 106 Ley 39/2015) para declaración de nulidad del proyecto que le pretenda servir de sustento jurídico."

En la demanda, en el suplico en el que se contienen las pretensiones del actor, solicitó que en la sentencia se declarara:

"- La obligación del Ayuntamiento de tener por formulada denuncia urbanística, sobre la ejecución irregular de obras sobre el SAUI-2 de prolongación de la calle "A" de la UE-15 de Alcaudete (sic), y

-La obligación del Ayuntamiento de tramitar expediente de disciplina urbanística conforme a arts. 58 y 59 de las NN.SS. que termine con resolución que sea conforme con el planeamiento urbanístico de Mancha Real, dejando los terrenos exteriores a la UE-15 en los que se ejecutaron las obras de prolongación de la calle "A" libres y expeditos, en la situación en que se encontraban anteriores a la ejecución de las obras., y

-La obligación del Ayuntamiento de Mancha Real de declarar la NULIDAD del proyecto de urbanización que hubiere, en su caso, previsto las obras en prolongación calle "A" sobre el SAIU-2."

Lo anterior confirma la inexistencia, como así apreció acertadamente la juzgadora de instancia, de desviación procesal pues existe coherencia entre lo solicitado en vía administrativa y en vía jurisdiccional. El actor solicita al Ayuntamiento ante una actuación urbanizadora que la describe como una prolongación ilegal de la calle A, en ejecución de un proyecto de urbanización, aprobado por la Administración, de la Unidad de Ejecución 15, que ocupa, en la ejecución de la urbanización de la misma, terrenos de su propiedad comprendidos en un sector de urbanizable (SAUI-2), con uso industrial, y que entiende que le perjudica en sus terrenos.

Al enjuiciarse exclusivamente la solicitud como una impugnación del proyecto de urbanización por ser nulo, se está decidiendo solamente respecto a la pretensión planteada por el actor como si hubiera realizado una impugnación directa del proyecto de urbanización, que por supuesto hubiera tenido que ser desestimado por extemporáneo, en aplicación del art. 46.1 LJCA, pero no fue esa la pretensión que en realidad el actor planteó sino que fue la de incoar un expediente de disciplina urbanística por una actuación que entendía irregular, y que si no se encontraba respaldada por el proyecto de urbanización generaría un procedimiento de disciplina urbanística, y en caso de tener como soporte el proyecto de urbanización, su nulidad,

sin que el hecho de que no se determine que tal nulidad se haga a través de un procedimiento de revisión de oficio, deba entenderse que lo único planteado fue una impugnación directa, y en consecuencia extemporánea del proyecto de urbanización. De hecho en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo el actor, en el suplico, definía el objeto del recurso la desestimación presunta de su escrito de solicitud de medidas de restauración del orden urbanístico vulnerado en la ejecución de la calle "A" " y procedimiento de revisión conforme al art. 62 y 102 de la Ley 30/1992 (hoy arts. 47.1 y 106 Ley 39/2015) para declaración de nulidad." Se desprende claramente que la nulidad pretendida no era de modo directo, sino mediante el procedimiento correspondiente, no pudiendo realizarse una interpretación rigorista y excesiva que no fue la pretendida por el actor.

Interpretación que ha de hacerse en aplicación de la doctrina pro actione, invocada por el actor, y que recogida en una reiterada doctrina jurisprudencial por el Tribunal Supremo, como ad exemplum podemos ver en la sentencia de fecha 11 de junio de 2020 (recurso de casación 3872/2019), en la que dijo:

"Esta Sala señala que el Tribunal de instancia no podía dejar de aplicar la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, como la expuesta en la sentencia 73/2006, de 13 de marzo , considera que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE , y que se precisa, no obstante, que el referido derecho se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, cuando tal decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y que resulta aplicada razonablemente por el órgano judicial. Y es que, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, ha establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que impidan la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente.

En la referida sentencia constitucional se subraya que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales constitucionalizado en el artículo 24.1 CE es el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 124/2002, de 20 de mayo), con

respecto al cual el principio "pro actione" actúa con toda su intensidad, por lo cual las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el artículo 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, lo que hubiera propiciado rechazar la causa de inadmisibilidad planteada y entrar a conocer del fondo de la controversia jurídica planteada, dando plena satisfacción al referido derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión."

La aplicación de tal doctrina exige estimar el recurso de apelación en cuanto a la admisión del recurso contencioso administrativo, y al deber de entrar a conocer el fondo de la cuestión planteada por el actor, y estimar el recurso de apelación por la causa de inadmisión que acogió el Juzgado a quo de extemporáneo, pues el objeto fue la desestimación por silencio de la exigencia de medidas de disciplina urbanística, y la pretensión fue de aplicación de la legislación urbanística y disciplinaria, ante la denunciada prolongación urbanizadora de una calle, o bien la nulidad, que no podía ser de otra manera que mediante el procedimiento de revisión de oficio del proyecto de urbanización, en el caso de que tal prolongación de la calle se hubiera realizado ajustada al Proyecto de Urbanización de la UE 15.

Debe tenerse en cuenta que el art. 182 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), en sus dos primeros apartados dispone lo siguiente:

" 1. El restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o un uso objeto de la suspensión a que se refiere el artículo anterior, o que no estando ya en curso de ejecución se haya terminado sin la aprobación o licencia urbanística preceptivas o, en su caso, orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente.

2. Cuando las obras pudieran ser compatibles con la ordenación urbanística vigente, al suspenderse el acto o el uso o, en el supuesto en que uno u otro estuviera terminado, al apreciarse la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en el apartado anterior, se requerirá al interesado para que inste la legalización en el plazo de dos meses, ampliables por una sola vez hasta un máximo de otros dos meses en atención a la complejidad del proyecto, o proceda a ajustar las obras al título habilitante en el plazo previsto en el mismo."

Ante tal denuncia el Ayuntamiento de Mancha Real debió investigar la misma y aplicar la normativa urbanística antes referida, de manera que con el silencio administrativo situó al actor en una situación de indefensión ante unas obras que según su escrito inicial ante el Ayuntamiento en fecha 25/11/2016, le perjudicaba. Incumpliendo el Ayuntamiento su deber de investigar y resolver.

TERCERO.- En aplicación del artículo 85.10 LJCA, al revocar la sentencia de instancia hemos de resolver el fondo del asunto, toda vez que se trata de un recurso cuya cuantía es indeterminada, no tratándose de un recurso a resolver en única instancia por el Juzgado unipersonal. Para ello resulta fundamental la prueba pericial judicial practicada en el proceso, en donde consta el informe pericial del Arquitecto D. Dimas , en la que tuvo en cuenta para la elaboración del mismo los siguientes documentos: el proyecto modificado nº 2 de urbanización de la UE 15, el expediente administrativo de dicho proyecto de urbanización UE 15, levantamiento taquimétrico realizado por el Ingeniero de Geomática y Topografía D. Francisco , y visita a la zona.

Según dicho dictamen del perito judicial, textualmente dice referido a la calle cuestionada: " Cuando una calle de nueva creación da servicio a dos Unidades o Sectores distintos a los cuales separa, ambas unidades se benefician de la misma y por lo tanto es usual, si bien no obligatorio por ley, que ambas aporten suelo para el emplazamiento de la calle en el tramo que comparten, en la proporción que discurre por cada una, compartiendo igualmente los costes de la urbanización en dicha proporción.

Es frecuente que el eje del vial sea la separación de dos unidades urbanísticas por criterios de eficiencia constructiva y de costes, equilibrando de esta manera la repercusión de los mismos entre los sectores a quienes da servicio y no solamente a una de ellas.

Este es el caso de la Calle A de la UE 15, según el plano 3 de las NNSS, Clasificación de suelo, se observa a pesar de la inexactitud gráfica, que en un primer tramo, unos 85m a partir la intersección de la Calle A con el arcén del vial A320, esta discurre íntegramente por la UE 15 y al entrar en la SAUI-2, el eje de la Calle A hace de límite de separación entre la UE 15 y el SAUI-2, quedando el resto de la mitad izquierda de la Calle A en la UE 15 y la parte derecha en el SAUI-2 hasta los 187m construidos con un ancho de 12m.

Esta longitud, 85m, coincide con la longitud de calle prevista en el proyecto de Urbanización de la UE 15. Posteriormente a este punto no existe proyecto

alguno para esta calle, de la que se ha construido una longitud total de hasta 187m, como se aprecia en el siguiente plano N° 6."

Del dictamen pericial judicial no puede desprenderse motivo para que pueda iniciarse procedimiento de revisión de oficio por nulidad del documento Proyecto de Urbanización de la UE 15, primero porque en la revisión de oficio como señalan las partes demandadas no se anuda en concreto a una causa de nulidad que pueda incluirse en las causas de nulidad previstas en el art. 47.1 Ley 39/2015 (LPAC), y sobre todo porque del dictamen pericial no se aprecia vulneración del proyecto de urbanización en lo relativo a la prolongación de la calle A, por tanto las pretensiones de nulidad y revisión de oficio deben desestimarse sin que puedan acogerse.

Pero lo que sí se ha acreditado del dictamen pericial judicial es que en la ejecución del vial, con una longitud de 187m, en 102m de calle, la mitad de la misma (12 metros) se han urbanizado en la SAUI-2, con una superficie en este sector también de uso industrial de 102 x 6m: 612 m², dentro de este sector aún no ordenado por planeamiento de desarrollo. Por lo que la obligación del Ayuntamiento de Mancha Real de tramitar expediente de disciplina urbanística debe ser estimada.

Ahora bien esta Sala solo puede estimar la pretensión anterior, pero sin que pueda determinarse la resolución de dicho expediente de disciplina, pues ha de tenerse en cuenta las manifestaciones del perito judicial de la inexactitud del plano 3 de las NNSS de Mancha Real " que define de forma muy inexacta los límites de la UE 15 perpendiculares a la calle A". Además de lo anterior porque este perito judicial manifestó en su pericia:

" También es cierto que las NNSS en el plano 3 Clasificación de suelo, ya incorpora la existencia de la Calle A como sistema General y su implantación es obligatoria. Por lo que la calle A construida no incumple planeamiento superior que pueda desarrollarse.

Dicha implantación se realiza desarrollando la UE 15 y se continúa en la SAUI 2 la realidad del polígono de Mancha Real revela que la urbanización de la Calle A se atiene a lo establecido en las NNSS, el proyecto de urbanización de la UE 15 a pesar de los errores técnicos puestos de manifiesto anteriormente y a las determinaciones de sistema general previstas en el SAUI-2 para la Calle A. Cualquier desarrollo de planeamiento de la SAUI-2 incorporaría una calle similar a la construida."

Será precisamente en el expediente de disciplina urbanística reclamado por el actor en donde el Ayuntamiento de Mancha Real, dando audiencia a los

afectados en su tramitación, donde ha de dirimir sobre la legalización de la urbanización de la calle A, en el tramo que afecta al ámbito del SAUI-2, y la determinación de calle calificada de sistema general por las NNSS, según el dictamen pericial, o bien la ilegalidad de tal obra de urbanización en esa parte del vial, y orden, en su caso, de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada, tal como dispone el art. 182 LOUA.

OCTAVO.- Procede, en consecuencia, la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por las razones antes expuestas, siendo desestimada la pretensión de revisión de oficio del Proyecto de Urbanización UE-15. En cuanto a costas no procede su imposición a alguna de las partes, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

1. Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Jaime Palma Gómez de la Casa, en representación de D. Maximino , contra la sentencia número 273/2019, de 14 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Jaén, que se revoca y queda sin efecto .

2. Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Jaime Palma Gómez de la Casa, en representación de D. Maximino , interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud realizada el 25 de noviembre de 2016, de adopción de medidas para restaurar el orden urbanístico vulnerado con ocasión de las obras en la Calle "A" de la UE-15, por no ser conforme a Derecho. Sin imposición de costas.

(St. de 3 de marzo de 2022. Sala de Granada. Ponente Silvestre Martínez García)

XII. EXPROPIACION FORZOSA

Pago de intereses por demora. Cuestión expropiatoria y relación con el instituto de la responsabilidad. Necesidad de coordinar las normas sobre devengo de intereses demora establecidas en la Ley de Expropiación Forzosa con las propias de carácter autonómico contenidas en el Decreto 85/2004 respecto del plazo máximo de resolución de los expedientes de justiprecio.

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente proceso la desestimación por silencio administrativo de la solicitud dirigida por la

hoy demandante, en fecha 24 de abril de 2018, a la Comisión Provincial de Valoraciones de Cádiz para que se le abonase la cantidad correspondiente a intereses legales devengados por la demora en la determinación del justiprecio en el expediente nº CA-168/05 correspondiente a la expropiación por el Ayuntamiento de Conil de la Frontera de terrenos de su propiedad para la ejecución del Proyecto de construcción de la ronda urbana de circunvalación, entre la rotonda del cementerio y la rotonda de salida a los Caños de Meca (1ª fase).

Para la resolución de las cuestiones planteadas por las partes es preciso, en primer lugar, referir la siguiente relación de hechos :

a) con fecha 18 de noviembre de 2005 se recibe en la Comisión Provincial de Valoraciones de Cádiz el expediente relativo a la pieza separada de justiprecio relativa a la expropiación que nos ocupa y donde el acuerdo de aprobación definitiva del proyecto por parte del Ayuntamiento de Conil de la Frontera lleva fecha de 30 de septiembre de 2005.

b) si bien el 31 de enero de 2006 la Comisión Provincial de Valoraciones acuerda prorrogar el plazo para dictar el acuerdo de valoración por tres meses, lo cierto es que hasta el 14 y el 18 de agosto de 2014 no da traslado respectivamente al expropiado y al Ayuntamiento expropiante para que formulen alegaciones a la propuesta de valoración, sin que la formule el primero y no lo haga el Ayuntamiento de Conil de la Frontera hasta el 25 de febrero de 2015.

c) el órgano de valoración fija el justiprecio por acuerdo de fecha 29 de mayo de 2015 en la cantidad de 589.720,29 € que impugnado exclusivamente por el Ayuntamiento expropiante es confirmado por sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de Sevilla) en sentencia de fecha 2 de octubre de 2017.

La pretensión principal de la recurrente es la de condena a la Administración demandada del pago del interés legal devengado desde el 19 de marzo de 2006, esto es transcurridos cuatro meses desde la entrada en la Comisión Provincial de Valoraciones del expediente de justiprecio, hasta el 29 de mayo de 2015, en que se dicta acuerdo por el órgano de valoración fijando el justiprecio, y referido su cálculo a la cantidad de 280.702,60 € (diferencia entre los 309.017,69 € determinados en la hoja de aprecio del Ayuntamiento expropiante y los 589.720,29 € fijados en el acuerdo de la Comisión Provincial de valoraciones), cifrándolo en la suma de 110.750,62 €. Subsidiariamente el dies a quo del cómputo lo traslada al 19 de mayo de 2006, esto es, transcurridos los seis meses señalados en el art. 56 LEF, con

lo que la cantidad reclamada sería de 108.874,14 €. En cualquier caso a una u otra cantidad añade la reclamación de los intereses legales que procedan.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis del fondo del asunto debe responderse a la cuestión planteada por la Administración autonómica señalando que con fecha 11 de diciembre de 2018 la Comisión Provincial de Valoraciones de Cádiz dictó un acuerdo, notificado a la interesada el 13 de febrero de 2019, declarándose incompetente para la resolución de la solicitud formulada al entender que se trata de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración cuya resolución viene atribuida a la Viceconsejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, sin que dicho acuerdo, que ponía fin a la vía administrativa, fuera objeto de ampliación por la recurrente por lo que lo dejó firme y consentido.

Al respecto hay que indicar que el art. 36.4 LJCA prevé, cuando estemos ante la impugnación de actos presuntos de la Administración que, si durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo se dictare resolución expresa respecto de la pretensión inicialmente deducida, el recurrente tenga la opción de desistir del recurso o solicitar la ampliación a la impugnación de la resolución expresa. En el presente caso no ha habido en ningún caso resolución expresa desestimatoria de la solicitud de la ahora demandante por lo que no cabe hablar de la posibilidad de solicitar ampliación alguna del recurso ni, por consiguiente, de acto firme y consentido. La Comisión Provincial de Valoraciones se ha limitado a declarar su falta de competencia para resolver la solicitud dirigida a la misma con remisión del expediente al órgano que consideraba competente, pero sin que por éste último se hubiera dictado resolución alguna, manteniéndose el silencio administrativo como respuesta a la pretensión hecha valer frente a la Administración autonómica.

TERCERO.- Igualmente se hace valer como motivos de desestimación de la demanda el que la demandante no impugnase en vía judicial el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones fijando el justiprecio y que no contenía declaración alguna sobre los intereses de demora y que, además, la reclamación la formulase transcurrido un año desde la notificación de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía desestimando el recurso contencioso-administrativo formulado por el Ayuntamiento expropiante contra el justiprecio fijado por el órgano de valoración.

La desestimación de ambas alegaciones derivan de, por un lado, la irrelevancia de que el expropiado no impugnase el acuerdo de fijación de justiprecio de la Comisión Provincial de Valoraciones pues precisamente de

conformidad con sus atribuciones el órgano de valoración no se pronuncia sobre la posibilidad del devengo de intereses de demora, máxime cuando derivarían de su propia actuación, sin que hubiera existido una reclamación previa dirigida en tal sentido. Por otro lado, no es de aplicación al presente supuesto el plazo de un año señalado para los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración y, en todo caso, desde la notificación de la sentencia al expropiado, llevando la misma fecha 2 de octubre de 2017, hasta el 21 de abril de 2018 en que se formula la reclamación, no habría transcurrido el plazo de un año que se hace valer.

CUARTO.- Entrando en el examen de la cuestión de fondo, la actora solicita el abono del interés legal desde el 19 de marzo de 2006, esto es, transcurrido cuatro meses desde la entrada del expediente de determinación de justiprecio en la Comisión (art. 12 del Decreto 85/2004, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoración en la Comunidad Autónoma de Andalucía y aplicable por razones temporales) hasta el 29 de mayo de 2015 en que dicta su acuerdo dicho órgano fijando el justiprecio. Subsidiariamente solicita se tenga como día inicial del cómputo el 19 de mayo de 2006, transcurrido los seis meses señalados en la LEF.

Por su parte la Administración demandada muestra su conformidad con la pretensión subsidiaria de la demandante o, también como fórmula subsidiaria por su parte, desde el 30 de marzo de 2006, esto es transcurridos seis meses desde que se dicta el acuerdo de necesidad de ocupación.

En respuesta a las diversas alternativas propuestas por las partes indicar que se hace necesario coordinar las normas sobre devengo de intereses demora establecidas en la Ley de Expropiación Forzosa con las propias de carácter autonómico contenidas en el Decreto 85/2004 respecto del plazo máximo de resolución de los expedientes de justiprecio. En principio, por aplicación de la previsión contenida en el art.12 y concordantes del Decreto 85/2004, el día inicial del cómputo tendría lugar transcurridos cuatro meses desde el siguiente a la entrada del expediente en el órgano de valoración, es decir el 19 de marzo de 2006. Sin embargo, al disponer el art. 56 LEF y art. 71 REF que la Administración expropiante culpable de la demora estará obligada a abonar al expropiado una indemnización consistente en el interés legal de justo precio hasta el momento en que se haya determinado siempre que hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio, habrá que estar al transcurso de dicho plazo en el hipotético caso que los cuatro meses de demora antes reseñados en el

Decreto 85/2004 suponga una fecha anterior. En el presente caso como el acuerdo de necesidad de ocupación lleva fecha 30 de septiembre de 2005, no se devengarían intereses de demora en la determinación del justiprecio hasta el 30 de marzo de 2006 y ello aunque con anterioridad a esta última fecha hayan transcurrido los cuatro meses de que dispone la Comisión Provincial de Valoraciones para dictar el acuerdo que puso fin al expediente de fijación del justiprecio.

En lo referente a la fecha final del cómputo existe coincidencia en las partes de que sería el 29 de mayo de 2015 en que se fija por la Comisión Provincial de Valoraciones el justiprecio, sin bien la Administración demandada considera que entre el 14 de agosto de 2014 y el 25 de febrero de 2015 en que el expediente estuvo paralizado a la espera de formulación de alegaciones a la propuesta de valoración por parte del Ayuntamiento expropiante, sería a ésta Administración, en cuanto culpable de la demora, a la que habría que reclamar su abono.

Esta alegación no puede tener acogida por cuanto, según el Decreto 85/2004, la Administración expropiante dispone de un plazo de diez días para formular alegaciones y transcurrido este la Comisión debió sacar las consecuencias legales de tal silencio sin esperar más de cinco meses hasta que las formuló el Ayuntamiento de Conil de la Frontera.

QUINTO.- De lo hasta aquí expuesto se concluye que, sobre la cantidad de 280.702,60 € se ha de abonar por la Administración demanda la cantidad correspondiente al interés legal anual devengado desde el 30 de marzo de 2006 hasta el 29 de mayo de 2015 y sin que la cantidad resultante así calculada devengue a su vez intereses en pretensión inacogible de la demandante, pues si bien se trata de una obligación de pago de cantidad que debe considerarse líquida, por cuanto su determinación depende de una simple operación aritmética, esto no supone que el interés se vaya incorporando al capital para devengar nuevos intereses (anatocismo prohibido por el Código Civil), sino que se trata de una responsabilidad por mora, para lo que es preciso que la Administración incurra en mora conforme al artículo 1.100, lo que exige la reclamación o interpelación sin que en esta particular pretensión exista más reclamación que la contenida en demanda.

SEXTO.- La estimación parcial de la demanda conlleva que no proceda la condena en costas a ninguna de las partes, debiendo cada parte soportar las causadas a su instancia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.-

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo nº 453/2019 formulado por D^a SEBASTIANA GARCÍA GUERRERO contra el acuerdo impugnado precitado en el fundamento jurídico primero de esta sentencia declaramos el derecho de la demandante a que le sea abonada la cantidad resultante de lo expuesto en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia. Sin imposición de costas.

(St. de 17 de marzo de 2022. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)

XIV.HACIENDA PUBLICA

IRPF.- Dietas por desplazamiento. Administrador-socio. Desgravación. Prueba.

PRIMERO.- Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 22 de marzo de 2019, actuando como órgano unipersonal, que desestima las reclamación nº 41-06211-2017 formulada contra liquidación provisional dictadas por la A.E.A.T. en relación con el IRPF, ejercicio 2012.

SEGUNDO.- Considera el órgano económico-administrativo, en discrepancia con lo sostenido por la Agencia Tributaria, que la ausencia de las notas de ajenidad, alteridad y dependencia que unen a una entidad y a quien es su administrador y/o socio de la misma, no puede ser obstáculo para que los rendimientos percibidos por el administrador/socio por la realización de tareas, cuando encajen en la previsión contenida en el art. 17.1.d) de la LIRPF y art. 9 RIRPF queden exonerados de gravamen, siempre que, obviamente y al igual que cualquier otro trabajador, cumplan con los requisitos exigidos en tales preceptos.

La cuestión controvertida deriva de que, cuestionada también en el acuerdo de liquidación la realidad del gasto en dietas legalmente exentas, el órgano económico-administrativo también señala que, no obstante la documentación aportada, no se ha acreditado la realidad, día, lugar y razón o motivo de los desplazamientos que dieron lugar a las asignaciones abonadas en su día por la entidad para la que presta sus servicios el demandante lo fueran como gastos de locomoción y manutención y, por ende, exentas en los términos del art. 17 LIRPF y art. 9 RIRPF.

Por su parte el actor sostiene que ha presentado justificación detallada de los desplazamientos realizados a las diversas localidades para la realización de tareas de las que resulta beneficiaria la empresa, indicando que, en todo caso, en virtud de lo establecido en el art. 9 del Real Decreto 439/2007, de

30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF será el pagador, y no el trabajador, quien deberá acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo. .

TERCERO.- Ciertamente del art. 9 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, y demás normativa reguladora del IRPF puede afirmarse que es el empresario, en su caso a instancia del trabajador, quién debe confeccionar la justificación, certificación o emitir el informe correspondiente respecto del día, lugar y razón del desplazamiento del trabajador por motivos laborales. Es la entidad pagadora, y no el asalariado, la que debe acreditar documentalmente la subsunción en el concepto de dietas de los diversos capítulos abonados por este concepto. Pero esto no exime la aplicación de la previsión contenida en el art. 105 LGT sobre carga de la prueba, cuyo nº 1 señala que en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo. Por lo tanto no hay que confundir la carga que recae sobre el pagador de acreditar que las cantidades abonadas al trabajador lo fueron en concepto de dietas exentas, así como la necesidad de efectuar desplazamientos y la posibilidad de sufrir gastos por parte del trabajador para el normal desenvolvimiento de la actividad de la empresa, que también recae sobre la misma, con la realidad acreditada del desplazamiento y del gasto materialmente efectuado que recae, en principio, en el trabajador, pues es quién, en definitiva, se desplaza y realiza el gasto.

Como toda cuestión referente a la carga y valoración de la prueba, las consideraciones contenidas en el párrafo anterior vienen subordinadas a las particularidades del supuesto concreto a enjuiciar. Las circunstancias presentes en la relación trabajador-empresa pagadora son las que, en definitiva, junto con la prueba aportada, las que determinen si efectivamente ha quedado o no acreditada la justificación y la realidad del gasto en locomoción y manutención con el tratamiento fiscal que legalmente recibe.

Desde la premisa anterior, la conclusión a la que cabe llegar, en el particular supuesto que examinamos, es que las cantidades percibidas mensualmente por el demandante en concepto de dietas no quedan exentas de la tributación por el IRPF a tenor de los arts 17 de su ley reguladora y 9 del Reglamento. No puede desconocerse que el demandante era socio de la empresa y junto con su padre y hermanos ostenta el control de la misma, razón por la cual se encuentra en una situación privilegiada para acreditar fehacientemente la realidad de los gastos y la necesidad de los mismos. Además, en todo caso, la documentación aportada es de todo punto insuficiente, cuando, como indica

el TEARA, la suma de las liquidaciones no coincide con el importe de las dietas, no se explicita la razón de los desplazamientos e incluso incluyen datos, por ejemplo, de kilometraje absolutamente incongruente con la realidad de las distancias entre localidades, sin que por el demandante se realice en este proceso esfuerzo probatorio y argumentativo alguno para desvirtuar esas insuficiencias y contradicciones. En estas precisas circunstancias debe considerarse, como ya apuntábamos, que no han quedado acreditados los hechos que justifican como exentas del IRPF las cantidades satisfechas al demandante en concepto de dietas y demás gastos de locomoción y desplazamiento y a ello no cabe oponer que en procedimiento de inspección se haya levantado acta de conformidad aceptando los datos declarados por la empresa en el modelo 111 (retenciones e ingresos a cuentas de rendimientos de trabajo/profesional) pues la calificación como rendimiento sujeto a gravamen es ahora cuando se lleva a cabo al iniciar un procedimiento de comprobación limitada referido a otro obligado tributario y este no acredita las circunstancias justificativas que determinaría que las cantidades percibidas como dietas cumplen las exigencias legales para quedar exentas de gravamen, con la consiguiente desestimación de la demanda.

CUARTO.- La desestimación de la demanda conlleva la imposición de costas al demandante que limitamos a la cantidad máxima total, por todos los conceptos, de 600 €.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.-

FALLAMOS: Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 463/2019 interpuesto por D. ALEJANDRO ARMENTEROS SÁNCHEZ, contra el acuerdo impugnado precitado en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, con imposición de costas al demandante hasta el límite máximo total, por todos los conceptos, de 600 €.

(St de 19 de abril de 2022. Ponente Jose A Vázquez García)

XIV. HACIENDA PUBLICA .

Irf. Régimen de residentes. Ceuta Prueba.

PRIMERO. Mediante las resolución impugnada el Tribunal Económico-Administrativo Local de Ceuta desestimó las reclamación interpuesta contra la liquidación provisional girada por la Dependencia de Gestión Tributaria de la A.E.A.T. de Ceuta en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2011 que en lo que ahora importa, suprimió

la deducción, aplicada por el recurrente en sus declaración por rentas obtenidas en la Ciudad de Ceuta al considerar no concurrentes los requisitos legalmente establecidos tal fin.

SEGUNDO. El demandante insiste en las alegaciones formuladas ante el órgano económico-administrativo sobre la correcta aplicación que en su declaración dieron a la deducción por rentas obtenidas en la Ciudad Autónoma, aspecto este que para el ejercicio objeto de liquidación, encuentra su regulación en el artículo 68.4 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto.

En lo que ahora importa y para las rentas a que se refiere el recurrente, es decir, para las procedentes de rendimientos de trabajo, aquel precepto establece que “..los contribuyentes que tengan su residencia habitual en Ceuta o Melilla se deducirán el 50 por ciento de la parte de la suma de las cuotas íntegras estatal y autonómica que proporcionalmente corresponda a las rentas computadas para la determinación de las bases liquidables que hubieran sido obtenidas en Ceuta o Melilla..”. Se establece también que a los efectos previstos en aquella ley, se considerarán rentas obtenidas en Ceuta o Melilla “..los rendimientos del trabajo, cuando se deriven de trabajos de cualquier clase realizados en dichos territorios..”.

En definitiva, la aplicación de la deducción se sometía al doble requisito de la “..residencia habitual..” en Ceuta o Melilla, y de la obtención de la renta en tales ciudades.

TERCERO. Así las cosas, en el presente supuesto, al igual que ha hecho en algunos otros cercanos al que ahora se enjuicia (como el examinado en la Sentencia de 17 de enero de 2017 –recurso 244/2015-), la Sala debe considerar mínimamente justificada la residencia habitual en Ceuta del actor.

Se parte para ello del principio, que rige en el proceso contencioso-administrativo, derivado de los artículos 217 de la LEC y 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, de la atribución a cada parte de la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos, y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, carga que ha de considerarse cumplida por el recurrente al haber reunido elementos indiciarios suficientes para considerar justificado el hecho en que se basa la norma cuya aplicación reclaman.

En efecto, de un lado, se aportó certificado de empadronamiento en la ciudad de Ceuta desde el año 2010, así como certificado de la empresa I S.A. para la que presta servicio en la que se indica que prestó servicios para

dicha empresa durante 208 días en la ciudad de Ceuta, en concreto en las obras de Climatización de la Estación Marítima para la autoridad portuaria de Ceuta y en la construcción de un nuevo Centro Penitenciario en dicha ciudad autónoma, así como 23 días en comisión de servicio en las ciudades de Sevilla y Madrid. Igualmente se aporta contrato de arrendamiento de vivienda en dicha ciudad, suscrito como arrendataria la compañía para la que presta servicio y en favor del demandante

Por otro lado el único argumento utilizado por la Administración Tributaria para considerar improcedente la deducción practicada por el recurrente se fundamenta en las certificaciones emitidas por las navieras y que, a su entender, justificaría la no permanencia en la ciudad de Ceuta del demandante durante más de 183 días durante el año 2011. Sin embargo, examinando dicha documentación se advierten paradojas que difícilmente hacen creíble la relación concreta de viajes de Ceuta a Algeciras y viceversa que realizó el recurrente y con ello los días de permanencia en la ciudad autónoma. Así, no se entiende que el día 11 de septiembre de 2011 hubiera un traslado de Algeciras a Ceuta y que el retorno a la primera se produjera el 30 de mismo mes y que sin embargo los días 7, 14 y 21 de septiembre y 4 y 11 de noviembre se llevaran a cabo viajes Ceuta a Algeciras y ninguno durante todo el mes de septiembre y hasta el 28 de noviembre en sentido Algeciras-Ceuta. Esta circunstancia viene a acreditar la falta de fiabilidad o lo incompleto de esta relación de traslados entre ambas ciudades que excluyen su valor probatorio.

CUARTO. En consecuencia la Sala entiende justificada en el caso y a los efectos vistos, la residencia habitual del actor en la Ciudad de Ceuta, por lo que el recurso debe ser estimado, y ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa implica la imposición de costas a la Administración demandada, si bien limitamos su importe a la cantidad máxima total de 600 €.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO. Que estimando el recurso contencioso-administrativo nº 423/2019 promovido por D. declaramos la nulidad de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Local de Ceuta referida en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, dejando sin efecto la liquidación a que el mismo se refiere.

SEGUNDO. Imponer el pago de las costas causadas a la Administración demandada hasta el límite de 600 €.

(St de 17 de marzo de 2022 Sala de Sevilla Ponente Jose A. Vazquez García)

XVIII. PERSONAL.

Concurso-oposición. Acceso libre. Interpretación de las bases de los supuestos de baremación. Discrecionalidad técnica en estos supuestos.

PRIMERO.- La demandante no superó el concurso oposición para el acceso a la categoría de Odontostomatólogo/a de Atención Primaria. Solicita que se reconozca su derecho a la baremación de los méritos alegados y a que se realice por parte del Tribunal Calificador dicha baremación con los efectos que en la puntuación del listado definitivo tuviere lugar.

Con carácter previo al examen de la señalada infracción legal en la aplicación de las Bases de la Convocatoria por la Comisión de Selección, conviene recordar que el artículo 23 de la Constitución reconoce el derecho fundamental de acceder al empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y de capacidad; lo cual exige que, en las diferentes convocatorias de empleo público, se establezcan criterios y condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias, respetuosas con los principios mencionados.

Tales criterios se concretan en las denominadas bases de la convocatoria - auténtica ley del proceso selectivo - que establecen los requisitos, méritos y pruebas a superar por los aspirantes en un determinado procedimiento selectivo. Las bases de una convocatoria son la " ley del concurso ", cuando no han sido combatidas oportunamente. Efectivamente, la convocatoria es un acto administrativo con destinatario general e indeterminado y vincula a la Administración que tiene que ajustarse a lo dispuesto en la misma, en virtud del principio de legalidad (artículo 103.1 CE). Mediante la publicación de las bases de convocatoria la Administración se autolimita en forma efectiva; pues en esta se " fijan las reglas de juego " dentro de las que deben moverse los órganos administrativos que intervienen en el procedimiento de selección, así como los que con ocasión del mismo conozcan de posibles impugnaciones de los diferentes actos que integran aquél.

Este principio está recogido en el artículo 30.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, según el cual: "Las convocatorias y sus bases vinculan a la Administración,

a los tribunales encargados de juzgar las pruebas y a quienes participen en las mismas". Desarrollado por el Decreto de la Consejería de Salud número 136/2001, de 12 de junio, por el que se regulan los sistemas de selección del personal estatutario y de provisión de plazas básicas en los Centros Sanitarios del Servicio Andaluz de Salud. (BOJA N° 80, de 14 de Julio de 2001), reformado por Decreto número 176/2006, de 10 de octubre, por el que se modifica el Decreto 136/2001, de 12 de junio, que regula los sistemas de selección del personal estatutario y de provisión de plazas básicas en los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud. Esta normativa establece, de manera taxativa que los miembros de las Comisiones de selección son personalmente responsables del estricto cumplimiento de las bases de la convocatoria y de la sujeción a los plazos establecidos para la realización y valoración de las pruebas y para la publicación de sus resultados. También los tribunales de justicia debemos estar atentos a esas reglas de juego por respeto al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y prohibición de abuso por exceso en el ejercicio de nuestra jurisdicción.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa es la no valoración por parte del Tribunal Calificador de determinados méritos alegados por la recurrente, en concreto 55 méritos que se han enumerado en el Antecedente de Hecho Segundo.

Las bases de la convocatoria dicen lo que sigue, sobre tales méritos:

El apartado 3.4 Formación continuada acreditada del baremo incluye: Actividades formativas acreditadas por alguno de los órganos acreditadores que integran el Sistema de Acreditación de la Formación Continuada en el Sistema Nacional de Salud, cualquiera que sea la entidad y organismo que imparta la actividad formativa, de contenido específico del ejercicio profesional de la categoría o del puesto de trabajo que se hayan realizado tomando como referencia la fecha de publicación de la convocatoria.

3.5. Otra formación especializada.

Por cada mes de estancia formativa reglada, tras la obtención del título de especialista, en un centro sanitario público distinto de aquel en el que presta servicios: 0,15 puntos.

4.Otras-actividades. 4.1. Actividades científicas y de investigación:4.1.1. Publicaciones.

En los epígrafes b) y c) de este apartado, se valoran:- Con el 100% de la puntuación, el primer autor/a, el segundo autor/a y el último autor/a o el autor/a de correspondencia

- Con el 50% de la puntuación, el resto de posiciones de autoría no incluidos en el apartado anterior.a) Publicaciones de libros de carácter científico relacionadas con el programa de materias que rigen las pruebas selectivas y que contengan ISBN o Depósito Legal (hasta un máximo de 1 punto):a.1) Por cada libro completo: 0,50 puntos.a.2) Por cada capítulo de libro no incluido en el punto anterior: 0,10 puntos (máximo 2 capítulos de un mismo libro).

Al efecto de la valoración de los méritos referidos a publicaciones de capítulos y libros completos, el Tribunal calificador tendrá en cuenta el rigor científico -calidad científica, técnica y didáctica, fruto de reflexiones teóricas o investigaciones realizadas- el carácter original o novedoso, así como la idoneidad y prestigio de la editorial, y en su caso, ediciones, tirada y canales de distribución.

b) Publicaciones de artículos en revista de carácter científico, relacionados con el programa de materias que rigen las pruebas selectivas:

b.1) Indexación en Índice Médico Español o Pubmed:b.1.1.) Por cada publicación en revistas indexadas: 0,05 puntos.b.1.2.) Por cada publicación en revistas no indexadas: 0,02 puntos.b.2) Nacionalidad:b.2.1.) Por cada publicación en revista internacional: 0,05 puntos.b.2.2.) Por cada publicación en revista nacional: 0,02 puntos.b.3) Factor Impacto (FI).b.3.1) Por cada publicación en revista con FI mayor de 10: 0,12 puntos.b.3.2) Por cada publicación en revista con FI entre 4 y 10: 0,07 puntos.b.3.3) Por cada publicación en revista con FI entre 1 y 3: 0,03 puntos.(Los apartados b.1), b.2) y b.3) son acumulativos.)c) Publicaciones -en revista de carácter científico- de ponencias o comunicaciones en congresos y reuniones científicas relacionadas con el programa de materias que rigen las pruebas selectivas: c.1) Nacionalidad:

c.1.1) Publicadas en revista internacional: 0,030 puntos.c.1.2) Publicadas en revista nacional: 0,010 puntos.c.2) Publicadas en revista con factor de impacto: 0,010 puntos.(Los apartados c.1) y c.2) son acumulativos. Las comunicaciones o ponencias publicadas exclusivamente en libros de actas o abstracts no serán valorables.) 4.1.2. Actividades de investigación.

TERCERO.- Sobre los diferentes méritos alegados

Con carácter general y sobre la valoración de los méritos en los concursos debe decirse que tal valoración es cuestión que se enmarca en el ámbito de la discrecionalidad técnica del Tribunal calificador, apreciación por el Tribunal que comporta su facultad de decidir al respecto. Y es que la doctrina de la discrecionalidad técnica es doctrina consolidada tanto por

el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, toda vez que, aunque los Tribunales pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo sean competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación administrativa de los órganos encargados de realizar valoraciones en las que interviene la discrecionalidad, dichos Tribunales en modo alguno pueden sustituir a los mentados órganos en sus apreciaciones técnicas, ya que se trata de cuestiones que deben valorarse atendiendo a parámetros no jurídicos sino exclusivamente técnicos, y que se apoyan en la especialización e imparcialidad de los órganos calificadoros, no pudiendo, por tanto, el juzgador penetrar en el fondo de la valoración del Tribunal calificador en función de la discrecionalidad técnica que ampara sus decisiones.

CUARTO.- Dado que lo se impugna es la actuación del Tribunal Calificador, se ha de comenzar significando, al respecto de la misma, que el efecto vinculante de las bases que rigen el proceso selectivo es proclamado por una consolidada jurisprudencia, de la que puede servir como exponente la Sentencia de 8 de julio de 2020 dictada por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en recurso nº 135/2019 (ROJ: STS 2467/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2467), la que, sobre " el carácter vinculante de las convocatorias para el acceso a funciones públicas", dice que: "Ese carácter vinculante es una reiterada afirmación de la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que la viene subrayando especialmente cuando califica a las convocatorias de verdadera ley del concurso, por ser obligatoria tanto para la Administración convocante como para cuantas personas participan en ellas. Lo cual ha sido justificado mediante la invocación de la necesidad de dar observancia a los principios de confianza legítima y de igualdad; pues, de no ser respetada esa ley del concurso en la decisión final de la convocatoria, uno y otro principio resultarían vulnerados para todos aquellos que no participaron en la convocatoria desde la legítima y razonable creencia de que carecían de toda expectativa de acceder a las plazas convocadas si éstas resultaban adjudicadas según una recta aplicación de las reglas o bases establecidas en dicha convocatoria".

Entonces, lo que se habrá de comprobar es si el Tribunal Calificador ha respetado "esa ley del concurso" en el desempeño de la función que le corresponde de calificación y valoración de las personas aspirantes, y, a tal fin comprobatorio de la actuación de baremación, y, habida cuenta de lo que se discute por quien recurre, cabe traer a colación, y como consecuencia de la anterior, otra doctrina jurisprudencial igualmente consolidada, y que se invoca en la demanda como fundamento de lo suplicado.

Nos referimos a que, ciertamente, "la interpretación de las bases es una operación estrictamente jurídica que no implica, en principio, el ejercicio de la discrecionalidad técnica que asiste a los tribunales calificadores." Así lo ha dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de enero de 2017 dictada por la Sección 4ª de la Sala Tercera en recurso nº 1123/2015, (ROJ: STS 38/2017 - ECLI:ES:TS:2017:38), correspondiéndose esto con lo que el mismo Tribunal ya había proclamado en Sentencias precedentes, pudiendo ser citada la de 24 de septiembre de 2014 dictada por la Sección 7ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso nº 917/2013, ROJ: STS 4549/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4549, en la que se expuso que: "Lo primero que debe señalarse es que la interpretación de las bases que rijan la convocatoria de cualquier proceso selectivo de acceso a la función pública es una tarea no encuadrable en la denominada discrecionalidad técnica, pues, al ir dirigida a determinar el alcance de un elemento reglado, es una operación de calificación jurídica que está fuera del espacio de saberes técnicos específicos al que ha de quedar circunscrito el núcleo básico de la mencionada discrecionalidad técnica. ()", doctrina esta acogida también, entre otras sentencias, en la más reciente de 23 de abril de 2019, dictada por la Sección 4ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso nº 3287/2016 (ROJ: STS 1347/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1347).

Y, es que, como ha puntualizado el Alto Tribunal en Sentencia de 3 de julio de 2014 dictada por la misma Sección en recurso nº 2504/2013, ROJ: STS 3268/2014 - ECLI:ES:TS :2014:3268, "Una cosa es el juicio sobre cuestiones de carácter científico, artístico o técnico, no ponderables con un parámetro jurídico, y como tales no accesibles a un control jurisdiccional, que es a lo que se refiere la llamada discrecionalidad técnica; y otra muy distinta la decisión acerca del contenido y alcance de una base de la convocatoria, (), pretender amparar la resolución recurrida en la discrecionalidad técnica de la Comisión de Calificación, no respeta el sentido de la jurisprudencia concerniente a tal materia, y en realidad, de ser aceptada, supondría atribuir a dicha Comisión la facultad de determinar el alcance de la base de modo discrecional; lo que es inaceptable. (). Una cosa es la facultad de interpretar las dudas que pueda suscitar el preciso sentido de las bases, y otra muy diferente que la Comisión, a pretexto de la discrecionalidad técnica, pueda manipular el alcance de una base, adicionándole elementos que en ella no se contienen, o prescindiendo de los que en ella se incluyen ()

Pues bien, si, a "esa ley del concurso" se ha de estar, y si, además, la controversia no trata de cuestiones técnicas ajenas a lo jurídico, sino que

afecta al "alcance" de lo establecido en la Convocatoria, nos ha de servir de guía los criterios de baremación contenidos en el Informe de 14 de octubre de 2019, elaborado por la Dirección General de Personal sobre el procedimiento de actuación de los Tribunales Calificadores de las pruebas selectivas convocadas para cubrir plazas básicas vacantes por el sistema de concurso oposición, y criterios a seguir en la valoración de los méritos en la fase de concurso. Tales criterios fueron recogidos en el Acta del Tribunal Calificador de fecha 29 de mayo de 2020.

En el presente supuesto, esos criterios se reproducen de forma exhaustiva en la contestación a la demanda que explica los diferentes motivos por los que el Tribunal no valoró todos y cada uno de los méritos alegados. Se hace referencia a los requisitos que debe cumplir la Formación Continuada Acreditada, al acuerdo del Tribunal de no valorar contenidos de actividad formativa transversal no especificadas para Odontostomatólogos, al motivo de no valorar los méritos relativos al apartado docencia impartida, así como Otras Actividades de formación continuada, ponencia y comunicaciones científicas.

En definitiva, el Acta del Tribunal de 8 de octubre de 2019, así como el de 29 de mayo de 2020, que la contestación a la demanda recoge con amplitud, explican de forma detallada los motivos por los que no se valora cada uno de los méritos alegados, decisión de no valoración que, puesta en relación con la doctrina jurisprudencial que hemos referido, no implica " el ejercicio de la discrecionalidad técnica que asiste a los tribunales calificadores", por cuanto que la interpretación realizada por el Tribunal Calificador estuvo " dirigida a determinar el alcance de un elemento reglado", y ello " es una operación de calificación jurídica ". Se trata de una "decisión acerca del contenido y alcance de una base de la convocatoria", sin que la misma haya implicado "manipular el alcance de una base, adicionándole elementos que en ella no se contienen, o prescindiendo de los que en ella se incluyen ()". Por todo ello, el recurso va a ser desestimado.

QUINTO.- Conforme al artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pese a desestimarse la demanda no se hace imposición de las costas a la parte demandante, atendiendo a la complejidad y dudas de hecho y de derecho que surgen de la cuestión debatida.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación esta Sala, y por la autoridad conferida por la Constitución, dicta el siguiente

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Jesús Pascual León, en representación de D^a Noelia , contra la resolución de 2 de junio de 2020 de la Dirección General de Personal del Servicio Andaluz de Salud, por la que se aprueban las listas definitivas de personas aspirantes que han superado el concurso/oposición de Odontostomatólogo/a de Atención Primaria, por el sistema de acceso libre y se anuncia la publicación de dichas listas. Sin costas.

(St. de 29 de marzo de 2022. Sala de Granada. Ponente Antonio M. de la Oliva Vázquez)

XVIII. PERSONAL

Funcionarios de policía. Sistema de selección de facultativos y técnicos del CNP. Potestad de autoorganización de la Administración.

PRIMERO.- El recurso se interpone contra la Resolución de 30 de enero de 2020 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Dirección General de la Policía Nacional de 10 de julio de 2019 por la que se convoca concurso para la provisión de plazas de Facultativos y Técnicos del Cuerpo Nacional de Policía.

En su demanda el recurrente alega que procede la convocatoria previa del concurso específico de méritos antes del concurso para la provisión de plazas vacantes de plazas de facultativos y técnicos del Cuerpo Nacional de Policía , invocando la Ley orgánica 9/15 del Régimen del personal de Policía Nacional y el RD Ley 5/15 del EBEP.

El Abogado del Estado se opone a la demanda recordando que solo a través del sistema de concurso pueden proveerse las plazas de facultativo y técnicos del CNP y no a través del concurso específico de méritos como pretende el recurrente teniendo en cuenta que el sistema empleado no vulnera el derecho de los funcionarios una vez accedido al Cuerpo, a promover medidas de conciliación familiar conforme a lo previsto en el Texto refundido del EBEP.

SEGUNDO.- La demanda no puede ser estimada. Es verdad que la normativa y principios que regulan los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y la necesidad de favorecer la conciliación de la vida familiar, pudieran avalar, en otro contexto más específico, una pretensión de convocatoria de concurso de traslado previo a las ofertas de plazas por

otros mecanismos de provisión (artículo 79 del EBEP, 47 de la LO 9/15 de Régimen de personal de policía nacional, artículo 24 de la ley andaluza 6/85, 38 del Decreto 2/2002, artículo 36 RD 364/95, principios constitucionales sobre Conciliación de la vida familiar y laboral, proclamados en la ley 39/99 artículo 7 de la LO 9/15 de la policía Nacional y el artículo 14 del RD legislativo 5/15, derecho a la movilidad horizontal (artículo 81.1)) entre otros). Es protegible jurisdiccionalmente el derecho de los funcionarios a la promoción en su carrera profesional y su derecho a la movilidad como una de las manifestaciones del derecho al cargo, que ya se contemplaba en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, y que encuentra su protección constitucional en el Artículo 23.2 de la Constitución en la interpretación jurisprudencial efectuada en la STS de 10 de diciembre de 2007. Esto es, quienes ya son funcionarios tienen reconocido un derecho de movilidad funcional y de promoción en relación con el de carrera administrativa. Como señala la exposición de motivos de la ley 39/99, "la necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia". (En ese sentido Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid de 5 de octubre de 2015, rollo de apelación nº 91/2015 o del TSJA de Sevilla de 18/10/17 o Granada, de 15 de marzo de 2016, recurso de apelación 766/2014).

Sin embargo, tal bloque normativo y de principios ha de poder aplicarse a la situación jurídica del recurrente, pues no hay un derecho absoluto del funcionario a acceder a determinados puestos ni a elegir el sistema de provisión, y aquél derecho se ve limitado entre otros, por las necesidades de auto organización y de interés público. (art. 103 C.E .). En este caso no se aportan razones para entender que la convocatoria impugnada se aparta de dicho interés público.

Basta para concluir de ese modo recordar que como el propio demandante señala, algunas de las plazas cuya convocatoria a concurso de traslado al parecer se echa en falta (que no se concretan), habrían sido ya convocadas mediante resolución de 10 de noviembre de 2017, esto es, un año y unos meses antes de la convocatoria impugnada, lo que lleva a pensar que la demandada satisfizo con dicha convocatoria, las necesidades de atender al interés del funcionario de carrera en acercarse a determinados destinos.

Nada concreta respecto a qué plazas se omitieron, ni en qué medida se ha limitado la expectativa de ejercicio del derecho a la movilidad horizontal o conciliación familiar, se desconoce a qué destinos se refiere el recurrente, si reclama el previo concurso para que se oferten plazas vacantes o si están provistas por funcionarios mediante nombramiento provisional, y de entre ellas, cuales no fueron convocadas en el anterior (y no muy lejano) concurso de traslado en el que pudo participar. No nos encontramos en el caso de funcionarios de carrera a quien se les ha cercenado posibilidad de movilidad mediante concursos, lo que pudiera ser una anomalía injustificable en el sistema ordinario de cobertura de puestos de trabajo (art. 78 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) si se prolonga durante largo espacio de tiempo pues la propia convocatoria a que se refiere el recurrente demuestra precisamente la satisfacción de los intereses profesionales del colectivo de los funcionarios de carrera.

En definitiva y frente a tal carencia de fundamento, se ha de respetar la potestad de autoorganización, el criterio de la administración que valora qué es lo mejor para el interés público con un margen de libertad en su apreciación para elegir, entre las varias opciones posibles - todas legítimas-, aquella que mejor se acomoda al interés general.

Procede la desestimación de la demanda.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se imponen las costas al demandante hasta el límite de 500 euros.

FALLO

Que desestimamos el recurso interpuesto por D. Hugo , contra la Resolución de 30 de enero de 2020 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Dirección General de la Policía Nacional de 10 de julio de 2019 por la que se convoca concurso para la provisión de plazas de Facultativos y Técnicos del Cuerpo Nacional de Policía que se confirma.

Se imponen las costas al recurrente hasta el límite de 500 euros.

(St. de 24 de febrero de 2022. Sala de Granada. Ponente Beatriz Galindo Sacristán)