

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Extranjería. No procede la expulsión y el expediente sancionador en el supuesto de intento de entrada en territorio nacional frustrado desde el primer momento. Procede la devolución.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Subdelegación del Gobierno en Cádiz de fecha 6 de agosto de 2001 por el que se acuerda la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por tres años en el territorio de los países firmantes del Acuerdo de Shengen, por la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 53 a) de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, modificada por la L.O. 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social.

En cuanto a los hechos determinantes de la infracción derivan de haber sido interceptado cuando a bordo de una embarcación neumática intentaban desembarcar, a las 6.45 horas del día 26 de junio de 2001, un total de 26 personas procedentes de Marruecos, entre ellos el actor, en la playa de Pitas, término municipal de Barbate (Cádiz), siendo detenidos por Agentes de la Guardia Civil.

El único motivo de nulidad que se hace valer en la demanda es el de inadecuación en el procedimiento administrativo seguido al entender que la presencia del demandante en España, en el intento frustrado de entrar en el territorio nacional, determinaba, en su caso, la posibilidad de acordar su devolución, pero no autorizaría la apertura del correspondiente procedimiento de expulsión para que culmine con la imposición de la sanción de expulsión y la prohibición de entrada en el espacio Shengen, hipótesis no contemplada en la devolución.

Según el art. 58.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000, no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país. Por su parte del art. 60 LOE se deduce que se acordará el retorno cuando el extranjero se presente en el puesto fronterizo habilitado y no se le permita el ingreso en el territorio nacional por no reunir los requisitos para autorizar su entrada. Por último señalar que el art. 53 a) tipifica como infracción grave susceptible de la imposición de la sanción de expulsión, el encontrarse irregularmente en territorio español por no haber

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSÉRN

obtenido o tener caducado más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

Nos encontramos pues ante tres supuestos (retorno, devolución y expulsión) al que podría añadirse la figura de la salida obligatoria que implican la consecuencia de que el extranjero o no puede entrar o debe abandonar el territorio nacional. La dificultad principal radica en distinguir la devolución de la expulsión como sanción. Aunque el art. 58.2 LOE mencione como devolución el supuesto de pretender entrar ilegalmente en el país, en realidad si no se ha producido la entrada esto implicaría que lo procedente sería acordar el retorno en frontera. Tal vez, por esta razón el art. 138.1.b) del Reglamento de ejecución de la LOE, respecto del apartado b) del art. 58.2, consideraba incluidos a los efectos de poder acordar la devolución, los extranjeros que sean interceptados en frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en trámite o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada. Pero supuestos como éste, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 no pueden considerarse válidamente como justificativos de la orden de devolución pues, como indica el Alto Tribunal el art. 58.2 de la Ley 4/2000 se refiere únicamente al supuesto del extranjero que pretenda entrar ilegalmente en el país, no a los casos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero, razón por la cual se declara la nulidad, por exceso en la regulación legal, del art. 138.1.b) del Reglamento en su inciso “o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta”. Sin embargo, aunque tal exceso reglamentario suponga que deba acordarse la expulsión para supuestos que indebidamente se consideraban susceptibles de devolución, a sensu contrario, cuando de lo que se trata, como en el presente caso, del intento de entrada en territorio nacional, frustrado desde el primer momento, lo procedente es la devolución y no la expulsión como resultado punitivo de una infracción y que irregularmente se ha seguido por la Administración, razón por la cual procede declarar la nulidad del acuerdo impugnado.

(St. de 6 de Febrero de 2.004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Reversión. No procede derecho de acrecer sobre los condominios al no ejercitar uno de los titulares su derecho de reversión.

Se impugna en el presente proceso la Orden del Consejero de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de fecha 6 de noviembre de 2001 desesti-

matoria del recurso de alzada formulado contra la resolución del Presidente del Instituto Andaluz de Reforma Agraria de 17 de abril de 2000 por la que deniega la petición del demandante de otorgamiento de escritura pública de reversión de una cuota de 8/106 partes indivisas sobre la finca "Rincón del Prado" y el acrecimiento de la cuota en igual porcentaje, reconocidas en su momento a D^a Dolores Calderón Gil de Ledesma. Igualmente se insta un pronunciamiento en el que se declare que la superficie revertida es la de 174,6247 Has y solicita la declaración de existencia de un daño antijurídico derivado de la conducta de la Administración que debe ser resarcido. En el momento en que tiene lugar la privación forzosa de la propiedad de la finca tienen la condición de expropiados las siguientes personas: D^a Genoveva Caballero López, D^a Dolores Calderón Gil de Ledesma, D^a Valentina Calderón Gil de Ledesma (de la que son causahabientes el actor y sus hermanos) y otros. Reconocido el derecho de reversión en favor de los expropiados y sus causahabientes, el mismo no es ejercitado por la totalidad de los interesados y, entre ellos, por D^a Dolores Calderón Gil. Esta renuncia es la que, a juicio del actor, bien en su condición de coheredero o bien como comunero, determina el nacimiento en su favor del derecho de acrecer respecto de la parte de la finca sobre la cual no ha sido posible la reversión, sin que la Administración pueda, iniciando un procedimiento de enajenación de bienes sobre dicha cuota, al amparo del Decreto 192/1998, de 6 de octubre, transmitirles la parte no revertida directamente en condiciones distintas a las fijadas para la reversión.

El art. 54 LEF reconoce el derecho de reversión al primitivo dueño de bien o derecho expropiado y a sus causahabientes. Al no ejercitarse el derecho de reversión o perderlo por no solicitarlo dentro del plazo, esto no significa que respecto de los demás primitivos titulares del inmuebles o los causahabientes de éstos que sí ejercitaron el derecho de reversión respecto a sus cuotas nazca un derecho de acrecer al amparo del art. 981 y siguientes del Código Civil o por su condición de condóminos de la finca en parte revertida. Al margen de que estas son cuestiones a dilucidar mas propiamente en el ámbito de la jurisdicción civil, en lo que sí cabe pronunciarse esta jurisdicción hay que señalar que el derecho de reversión trae su causa en la expropiación forzosa y por eso se reconoce al primitivo titular y a sus causahabientes quienes, por ostentar tal condición, pueden ejercitar, en su momento, la acción reivindicatoria del dominio que la reversión en definitiva supone pero sin que norma alguna reconozca derecho de acrecer en favor de los herederos de quien en su caso decidió no ejercitar su derecho reivindicatorio. Todo ello al margen de que no ha quedado acreditada la condición de coheredero del actor respecto de los bienes de D^a Dolores Calderón Gil de Ledesma. Del mismo modo tampoco puede declararse la existencia de un derecho de acrecer respecto de parte no revertida en favor del condómino por su mera condición de tal.

También es objeto de pretensión el que se declare que la superficie revertida alcanza las 174,6247 Has que según comunicación del Director de Es-

estructuras Agrarias del IRYDA quedaron fuera de la Zona Regable del Bajo Guadalquivir, en lugar de las 168,6250 Has reconocidas.

La desestimación de tal pretensión deriva, como se indica en la Orden impugnada, del hecho de que tanto la hoja de aprecio de la Administración de 7 de enero de 1983, aceptada por los reversionistas, como la resolución del Presidente del IRYDA de fecha 14 de septiembre de 1983 declarando el derecho de reversión, venían referidas a 168,6250 Has y tales actos, especialmente en lo que se refiere al último de los citados, no provocó acto impugnatorio alguno en favor de que la superficie a reintegrar fuera superior a la citada. Por tanto, la reversión se declaró respecto de la superficie indicada y la pretensión de que ahora se complete en casi 6 Has mas constituye en realidad la solicitud de una nueva reversión que ya no cabría ejercitar por extemporánea.

En cuanto a la pretensión de que se declare la existencia de un daño antijurídico que obligue a la Administración a resarcir, además de no concretarse en su quantum ni los criterios o bases que sirvan para su fijación, el hecho de que se desestime la solicitud de reconocimiento del derecho de acrecer instada ya determina la inexistencia de actuación antijurídica alguna y solicitud de resarcimiento se pretende fundamentar en que todavía no han tomado posesión de la parte de la finca revertida, difícilmente puede considerarse que ello obedezca a una actitud pasiva de la Administración cuando son los propios interesados los que se negaron a formalizar la escritura pública de reversión y no es hasta 1997 cuando los comuneros muestran su disposición a tomar efectiva posesión de la parte de finca revertida.

(St. de 30 de enero de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

XXII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Reversión. No procede solicitarla un copropietario no mayoritario. Legitimación. El no cumplimiento de las previsiones de planeamiento que son base para el abono del justiprecio expropiatorio (construcción de inmuebles que como locales habría que ceder al actor) no da lugar a reversión sino a indemnización.

Mediante la impugnación del Decreto del Consejero de Fomento y Medio Ambiente de la Ciudad Autónoma de Ceuta de fecha 22 de marzo de 1999 se solicita en el presente proceso que se declare el derecho de reversión de las fincas sitas en C/ Obispo Barragán nº 12, Espíritu Santo nº 3, Sánchez Navarro nº 10 y Jáudenes nº 23, por inexecución de obras y subsidiariamente, la indemnización de 200.000.000 ptas (12.020.024,20 euros) por su expropiación.

Para una adecuada resolución de las cuestiones que plantean las partes es preciso, con carácter previa, hacer la siguiente relación de hechos :

1) A fin de proceder a la ejecución sistemática del Plan Especial de Reforma Interior Gran Vía, asumido por el PGOU de 15 de julio de 1992, se procedió a la expropiación por el Ayuntamiento de Ceuta de las fincas referidas en el fundamento anterior y de las que el recurrente era copropietario indiviso.

2) Con fecha 5 de julio de 1990, el Ayuntamiento de Ceuta y el demandante convinieron que en lugar del pago del justiprecio, que ascendía a 13.353.625 ptas, se le adjudicaría la propiedad de locales comerciales ubicados en los edificios que se construyeran en las parcelas 12 y 13 del PERI "Gran Vía", con una superficie de 285 m2 construidos, abonando al Ayuntamiento la diferencia resultante, al precio de 100.000 ptas/m2. El plazo de adjudicación de los locales sería de 18 meses a contar desde la firma de la escritura pública por la que se formalice la subasta de las referidas parcelas. En caso de demora en la ejecución y terminación de las obras, el Ayuntamiento deberá abonar 285.000 ptas mensuales. Para el caso de que la subasta quedare desierta y no se pudiera construir en el plazo de cinco años, el Ayuntamiento le abonaría al expropiado el valor a precio de mercado de un local equivalente al valor del derecho a expropiar.

3) Con fechas 27 de diciembre de 1995, 20 de noviembre de 1996, 12 de junio de 1997 y 9 de julio de 1998 el hoy actor dirige sendas solicitudes al Ayuntamiento de Ceuta en reclamación de cantidad como indemnización por no adjudicación de los locales comerciales en los términos convenidos.

4) El Consejero de Fomento y Medio Ambiente de la Ciudad Autónoma de Ceuta por Decreto de 14 de octubre de 1998 deniega las solicitudes referidas en el punto anterior al no darse los requisitos determinantes del nacimiento de la obligación concretados en la no formalización de la escritura pública de enajenación de las parcelas, que por acuerdo de 17 de enero de 1994 se adjudicó su enajenación en favor de la entidad Ruiz Villa Inmobiliaria S.L. habiéndose incoado expediente para la resolución del contrato de adjudicación.

5) Por escrito de fecha 20 de noviembre de 1998 se reitera la petición de indemnización siendo contestado por acuerdo del Consejero de Fomento y Medio Ambiente de 15 de diciembre de 1998 remitiéndose al Decreto de 14 de octubre de 1998 y la posibilidad del peticionario de acudir a la vía contencioso-administrativa en caso de disconformidad.

6) Mediante escrito presentado el 16 de marzo de 1999 el demandante reiteró la petición de indemnización, que cifra en 200.000.000 ptas, añadiendo en este caso como petición principal la reversión de las fincas expropiadas de las que era copropietario por inejecución de las obras previstas en el PERI "Gran Vía" y que determina la adopción del Decreto impugnado en este proceso.

Sobre la base de los hechos referidos en el fundamento anterior se invoca en primer lugar por la Administración demandada la inadmisibilidad del re-

curso contencioso-administrativo en base al art. 69 c) en relación con el art. 28, ambos de la LJCA, al no tratarse de un acto no susceptible de impugnación por ser reproducción de otro anterior definitivo y firme o confirmatorio de un acto consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma. En modo alguno puede sostenerse que nos encontremos ante el motivo de inadmisibilidad invocado. Y ello, no solo porque ahora se ejercita una petición ex novo de reversión en ningún instante articulada con anterioridad, sino porque, incluso en relación con la solicitud de indemnización por incumplimiento de lo inicialmente convenido como forma sustitutoria del pago del justiprecio, la resolución del Consejero de Fomento y Medio Ambiente de fecha 14 de octubre de 1998 lo que viene es a denegar la indemnización por falta de las condiciones para su pago al entender que, en definitiva, por causa no imputable al Ayuntamiento, no se ha podido formalizar la escritura pública de adjudicación de las parcelas para la construcción de los inmuebles donde se ubicarían los locales comerciales de posterior adjudicación al expropiado. No se viene con ello a negar el hecho capital de que practicada la expropiación y convenida la fórmula para abono del justiprecio en otros bienes, siempre queda la posibilidad de instar el abono de una indemnización conforme a lo pactado, sino que únicamente se indica que la no entrega de los locales comerciales todavía no resulta factible pero sin cerrar las puertas a la posibilidad de cumplir in natura lo convenido. Precisamente la circunstancia de que la Ciudad Autónoma de Ceuta se mantuviera en la idea, implícitamente contenida en el Decreto citado, de que podrían en un futuro entregarse los locales comerciales de la superficie convenida es lo que legitima para que nuevamente el actor solicite la indemnización sustitutoria ante tal incumplimiento.

Entrando en el fondo del asunto, respecto de la solicitud de reversión, y aun cuando se admitiera que el escrito de 16 de marzo de 1999 tuviera el carácter de preaviso, tal y como exige el art. 64 REF y le otorga el Decreto del Consejero impugnado, ello, por sí solo, no determinaría la inadmisibilidad de tal solicitud por esta sola causa ya que, a la fecha de hoy habría transcurrido el plazo de dos años a que tal precepto reglamentario se refiere convirtiéndose en trámite inútil el reinicio de la petición a la fecha de hoy para culminar seguramente en un nuevo recurso contencioso-administrativo.

No obstante la imposibilidad de acceder a la petición de reversión nace de otros motivos. Así, en primer lugar, hay que recordar que el demandante era copropietario indiviso de las fincas expropiadas, nunca mayoritario, y en ningún instante menciona que la solicitud de reversión la haga en nombre o beneficio de los demás copropietarios expropiados, sin que, por lo demás, pueda interpretarse, en el presente caso, que se trata de un acto ejercitado en beneficio de los comuneros pues, a la devolución del bien expropiado debe corresponderse el abono a la Administración de su valor actual y este es un hecho en que nada hace suponer que estén interesados el resto de expropiados. Además, como motivo fundamental de la denegación de la solicitud de reversión hay que señalar que, por informe del Arquitecto Municipal las obras

de urbanización contempladas en el PERI cuya ejecución motivó la expropiación se encuentran plenamente concluidas y en correcto uso. Cosa distinta es, pero que va mas allá de la causa expropiandi, que no se hayan construidos los inmuebles donde se han de situar los locales comerciales que deberían ser entregados al actor. Esta circunstancia, como luego trataremos, da lugar a la indemnización sustitutoria en los términos convenidos por las partes, pero no constituye un supuesto de inejecución de la obra determinante de la expropiación.

En cuanto a la petición de indemnización es evidente el derecho del actor a percibirla. Al día de hoy en modo alguno el recurrente ha visto cumplido lo inicialmente pactado como forma de pago del justiprecio mediante la entrega de los locales comerciales. Como quiera que han transcurrido mas de trece años desde que se ocuparon los inmuebles expropiados el demandante tiene derecho, conforme a lo convenido entre los sujetos intervinientes en la expropiación, a que se le abone el valor a precio de mercado de un local equivalente al valor del derecho a expropiar. Esto no significa, como parece concluir el recurrente, que deba ser el precio de mercado de un local comercial de 285 m2 de superficie, sino el de uno equivalente al valor del derecho a expropiar. Precisamente el que se pactara como valor del metro cuadrado de local al momento de la expropiación el de 100.000 ptas y que su justiprecio inicial se fijara en 13.353.625 ptas es lo que determina que el valor de equivalencia deba ser el de un local de 133.536 m2 de superficie a valor de mercado.

En la determinación del valor de mercado actualizado no encontramos soporte probatorio que nos pueda indicar cual fuera este. No obstante, como elemento de prueba que aceptamos como válido y que incluso la Ciudad Autónoma, aunque no adoptando una decisión definitiva se aproxima en sus resultados valorativos al proponer la aceptación de la propuesta del recurrente, según consta en el expediente administrativo, como elemento de prueba, repetimos, debemos acogernos al informe de Arquitecto Superior aportado por el recurrente en una de sus solicitudes y que fija el valor de mercado del metro cuadrado de un local de análogas características y ubicación en 470.350 ptas. Este resultado valorativo, como quiera que lleva fecha 15 de octubre de 1996, precisa ser actualizado al día de hoy y como criterio de actualización sirva el del Índice de Precios al Consumo anual oficialmente aprobado correspondiente al periodo 15 de octubre de 1996 hasta la fecha de esta sentencia.

Por lo tanto, fijando el montante económico a que asciende la indemnización a que tiene derecho el recurrente, conforme a los criterios referidos, la misma será el resultado de multiplicar la superficie del local (133,536 m2) por el valor del metro cuadrado (470.350 ptas, equivaliendo en euros a 2.826,86) lo que arroja un total s.e.u.o. de 377.487,57 euros. actualizada aplicándole el Índice de Precios al Consumo oficial correspondiente al periodo 15 de octubre de 1996 a la fecha de hoy.

(St. de 29 de octubre de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Reversión. No procede la reversión sobre bienes objeto de cesiones obligatorias caso de no destinarse estos a los fines previstos. Solo procede exigir el cumplimiento del Plan.

Se impugna en el presente proceso la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada el 1 de abril de 2000 dirigida al Ayuntamiento demandado de reversión de una parcela de 4.034,58 m² destinada por el PGOU de 1987 a la construcción de centro educativo y cedida a la Corporación por el demandante por escritura pública de fecha 6 de octubre de 1989.

Aunque indebidamente se haga valer en trámite de conclusiones, el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda invoca la falta de legitimación de recurrente por cuanto la finca fue cedida por Inmobiliaria Barrameda, habiéndose solicitado la reversión por D. Manuel Cuevas Rodríguez en escrito de 26 de noviembre de 1999 y denegada por acuerdo del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 14 de enero de 2000.

Con tales hechos parece mezclarse la alegación de que el actor no fuera propietario de los terrenos cedidos y ahora reclamados con la de inadmisibilidad por tratarse de la reproducción de un acto anterior firme y consentido. Lo cierto es que en la escritura pública otorgada el 6 de octubre de 1989 de cesión de los terrenos interviene el demandante en su propio nombre y derecho y en el de su esposa como dueño de los terrenos cedidos y que la primitiva solicitud de reversión la formula D. Manuel Cuevas Rodríguez (por la coincidencia de apellidos se deduce que el hermano del recurrente) en condición de representante de Inmobiliaria Barrameda S.A. y precisamente uno de los motivos de denegación de la reversión era el que dicha entidad no fue la que cedió los bienes. Por tanto ni puede hablarse de falta de legitimación ni de acto anterior consentido y firme

Igualmente en conclusiones, y sin que se hubiera hecho mención alguna en la contestación a la demanda, se invoca la prescripción de la acción de reversión, alegando que el PGOU de Sanlúcar de Barrameda se publicó en el BOP de 5 de julio de 1997 y la petición de reversión tiene lugar el 11 de abril de 2000.

La desestimación de la “prescripción” que se invoca deriva, no solo de su extemporaneidad al alegarla por primera vez en trámite de conclusiones, sino porque no se concreta, si es que se está refiriendo a los plazos que para solicitar la reversión hace mención el REF, cual de ellos resulta de aplicación. Posibilitado el enjuiciamiento del fondo del asunto, el demandante fundamenta su pretensión de reversión en los siguientes hechos : 1) el 6 de octubre de 1989, el actor cedió obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, en escritura pública, en ejecución del PGOU de 1.987 que delimitaba la Unidad de Actuación n^o 151 como suelo urbano de

uso productivo, entre otros, 4.034,58 m² de terreno para la construcción de un centro educativo al servicio de la Unidad de Actuación; 2º) aprobado definitivamente un nuevo PGOU, publicado en el BOP de 5 de julio de 1997, la parcela correspondiente a los terrenos cedidos se clasifican como suelo urbano de uso residencial y si bien el nuevo planeamiento reserva terrenos en igual extensión para equipamiento educativo en el PERI-MO-1 “Monte Olivete”, no se corresponde su ubicación con la parcela cedida gratuitamente.

Sobre la base de tales hechos la pretensión de retrocesión la fundamente el actor en lo dispuesto en el art. 205.3 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, al señalar que los terrenos afectados a dotaciones no obtenidos por expropiación quedarán adscritos por ministerio de la ley para la implantación del uso de que se trate, así como el art. 40 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones al establecer reglas específicas para la reversión que, si bien se refieren a supuestos de expropiación, entiende el recurrente que con mayor razón serán aplicables para el caso de cesiones obligatorias y gratuitas.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de diciembre de 2002 (Sala 3ª, Sección 5ª), las cesiones obligatorias y gratuitas contempladas en la legislación urbanística constituyen parte esencial del contenido del derecho de propiedad desde el punto de vista urbanístico y dan efectividad a la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos proclamada en el art. 47 CE. Esto determina la ausencia de privación o recorte alguno del derecho de propiedad, encontrándonos únicamente ante el cumplimiento de un deber, en aplicación de la normativa urbanística.

Si a la anterior anudamos el presupuesto de la existencia de expropiación previa para poder hacer valer el derecho de reversión, o cuando menos la constitución de una donación modal, la consecuencia no puede ser otra que la desestimación de la demanda pues, en el presente caso, ni ha existido expropiación ni donación modal alguno, sino estricto cumplimiento de lo regulado en el entonces aplicable art. 83.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976. El supuesto incumplimiento de la Administración al no dedicar el bien cedido a la edificación de un centro escolar, puede legitimar que se inste el cumplimiento del Plan, pero no otorga un derecho de reversión que resulta inexistente ab initio.

(St. de 6 de Febrero de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).