

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

X PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.- CONTRABANDO.

Tipos infractores; diferencias y análisis de la letra b) del apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de un lado, y la letra d) del apartado 1 de ese artículo 2, de otro.

Constituye el objeto de esta resolución judicial valorar la conformidad a Derecho de la Resolución de 13 de mayo de 2016 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía desestimatoria de la reclamación, tramitada con el número NUM000 , deducida por D. Adrián frente a la Resolución de 3 de agosto de 2015 del Jefe de la Dependencia Regional Adjunto de Aduanas e II.EE. de Andalucía de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se le consideraba responsable de una infracción administrativa leve de contrabando tipificada en el artículo 2.1.d) en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando , se le imponía una sanción de 1.000,00 euros de multa, y se declaraba el comiso de la mercancía.

La pretensión actora se sustenta en síntesis en los siguientes argumentos: A) El acta -diligencia de aprehensión- no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 23 RD 1649/1998, careciendo de presunción de certeza, pues habiéndose impugnado los datos fácticos que contiene e interesada en sede administrativa la declaración de los firmantes de la misma no se ha accedido a ello, no constando por tanto su ratificación. B) La falta de descripción de los hechos constitutiva de la infracción que se denuncia - artículo 23.3.d) RD 1649/1998 - se hace más evidente al aparecer que el titular del vehículo donde se denuncia que se encuentra el objeto aprehendido no es quien se sanciona -ahora recurrente- sino su hermano, diciéndose que el objeto se encuentra en la zona del copiloto sin mayor detalle, lo que no excluye que el recurrente desconociera la existencia del mismo; infringiéndose así el artículo 23.c) y d) del citado +RD 1649/1998 pues ante tales circunstancias

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo, Univesidad de Sevilla.

era preciso describir minuciosamente el lugar en el que se encontraba lo que se dice aprehendido, pues el hallazgo de un objeto en el vehículo propiedad de otra persona no coloca a su conductor como autor de una infracción administrativa de contrabando si no hay un relato de hechos completo en el acta-denuncia como así ocurre, no gozando por tanto ese acta de presunción de certeza y no derivándose de ella la autoría del recurrente en la infracción por la que se le sanciona. C) La firma del acta por parte del recurrente no supone reconocimiento de lo que en ella se denuncia teniendo en cuenta que la firma como interesado y no como denunciado y que la firma sólo al pie en unos cajetines en blanco y tachados con un aspa, sin que haya firmado en la otra hoja, lo que era imprescindible para su regularidad formal; por lo que no puede tenerse por cierto lo recogido por los denunciados como presuntamente manifestado por el mismo dado que la hoja que se le presentó no contenía dichas manifestaciones. D) Las diligencias no fueron remitidas -como exige el artículo 22.5 párrafo segundo RD 1649/1998 - dentro del plazo de cuarenta y ocho horas al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador ni se pusieron a su disposición los bienes aprehendidos, lo que revela que no existe una verdadera valoración de esos bienes, sin que conste además la fecha en que se hiciera la valoración, con lo que no es posible saber si se ha cumplido con lo que dispone el artículo 10.5 de la Ley Orgánica 12/1995 que prescribe que la valoración se haga en el momento del descubrimiento del ilícito o de aprehensión de los géneros o efectos. E) Se ha infringido el procedimiento pues la respuesta a sus alegaciones se hizo mediante publicación en el BOE, y conteniendo el acto notificado una puesta de manifiesto por quince días antes de dictar la propuesta de resolución se dicta directamente la resolución que pone fin al expediente con anterioridad a dicha notificación que abría el trámite de puesta de manifiesto antes de la propuesta de resolución, infracción de las normas del procedimiento que han producido verdadera y efectiva indefensión al recurrente. F) El expediente se inicia por una presunta infracción del artículo 2.3.b) de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando y la resolución sanciona por infracción del artículo 2.1.d) de dicha Ley, lo que entraña también indefensión y vulneración del derecho de defensa.

El Abogado del Estado, tras remitirse a los razonamientos de la resolución impugnada, opone que obran en el expediente la diligencia de aprehensión con expresión de las circunstancias del hecho, reconocimiento de los mismos por el interesado y expresión de las labores incautadas, cuyo número, además, se reproduce y coincide con el acta de recepción por Logista, firmada por ésta y por la propia fuerza pública, por lo que decaen las alegaciones referidas a

los hechos dado que no se han desvirtuado los que figuran en el documento público levantado por la autoridad y con firma y reconocimiento del actor. Añade que obran en el expediente tanto la valoración como las alegaciones del interesado, sin que exista por lo demás vicio o irregularidad alguna que puedan entrañar indefensión.

El procedimiento sancionador que culmina con la resolución impugnada, confirmada en vía económico-administrativa por el TEARA, tiene su origen en la Diligencia de aprehensión de labores de tabaco de contrabando de 2 de marzo de 2015 suscrita por la fuerza actuante (miembros de la Comandancia de la Guardia Civil de Sevilla USECIC) y por el propio interesado.

Frente a lo sostenido en la demanda en sus dos primeros motivos de impugnación, esa diligencia se ajusta fielmente a las previsiones contenidas en el artículo 23 del Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12-12-1995, sobre represión del contrabando, en lo relativo a las infracciones administrativas de contrabando. Y así, se consignan en ella de acuerdo con el apartado 3 de dicho artículo 23: el lugar, día, hora y circunstancias en que se efectuó la aprehensión de bienes, efectos e instrumentos (12:10 horas del 2-3-2015 en la c/ San Lorenzo s/n de El Arahal); la relación de los hechos ocurridos (realizando un punto de verificación de vehículos se para al turismo reseñado, encontrando en el interior del vehículo (zona copiloto) el tabaco de contrabando reseñado; las cajetillas carecen de las leyendas sanitarias sobre contenido en nicotina y alquitrán. Carecen de las precintas fiscales obligatorias en España acreditativas del pago de los Impuestos Especiales. No consta la legal importación de estas labores a la U.E); los datos identificativos y domicilio del presunto infractor (se consignan el nombre del actor, su filiación, fecha y lugar de nacimiento, vecindad y domicilio); la descripción de los bienes, efectos e instrumentos aprehendidos (Labores de tabaco aprehendidas: marca Winston 31 cajetillas, Golden Gery 20 cajetillas, The Best 66 cajetillas); la descripción del vehículo en que se contienen o transportan los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando (vehículo Audi A4 blanco TI-....-WB propiedad de Hipólito); la identificación de los funcionarios actuantes en la aprehensión (mediante su código de identificación); el precepto o preceptos que se consideran infringidos (contenidos en la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando y en el Real Decreto 1649/98); el órgano al que se remite la diligencia (Director- Administrador de Aduanas e Impuestos Especiales de la Aduana de Sevilla, quedando depositado el tabaco intervenido en la representación de Logista, S.A. de Sevilla); y las manifestaciones del presunto

responsable (el denunciado manifiesta que vende dicho tabaco para ganarse la vida).

Téngase en cuenta además, que la letra c) de ese artículo 23.3 que la parte actora estima infringido se refiere a la consignación de los datos, indicios o sospechas fundadas de quienes pudieran ser los sujetos infractores "si es que no fueron hallados en el momento de la aprehensión o descubrimiento", situación que no concurre en el caso examinado dada la presencia del presunto infractor, el aquí demandante, al tiempo de verificarse la actuación de aprehensión.

Por lo expuesto, los hechos que se consignan en la diligencia de referencia están dotados de la presunción de certeza que les atribuye el artículo 23.6 del Real Decreto 1649/1998, a tenor del cuál " *Las diligencias formalizadas observando los requisitos señalados en el apartado 3 de este artículo tendrán el carácter de documento público y valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan señalar o aportar los propios interesados* .".

Finalmente, la ratificación de los agentes actuantes que el demandante reclama no resultaba pertinente, como bien resolvió el instructor del expediente en respuesta a sus alegaciones al entenderla innecesaria e improcedente y no poder alterar la resolución final a favor del presunto responsable de acuerdo con lo establecido en los artículos 80.3 y 137 de la Ley 30/1992 y 32.2 del Real Decreto 1649/1998 , destacando al efecto que se interesaba "que las Fuerzas actuantes se pronuncien sobre aspectos que resultan evidentes y que han sido reconocidos por el propio denunciado en el acta", como efectivamente así era de acuerdo con lo más arriba expuesto.

Téngase en cuenta, además, que esas alegaciones del actor al acuerdo de inicio en la que se pedía como prueba la declaración de los agentes que aparecen en el expediente, aludía junto a particulares relacionados con ese acuerdo de Inicio (no con la diligencia de aprehensión), incluida la falta de determinación de los hechos que en él se narran, o con la valoración de los efectos (ajena a los agentes intervinientes) a la falta de descripción fáctica de los hechos o de descripción detallada de lo que se dice aprehendido, extremos éstos que, según ha quedado razonado, se cumplieron con suficiencia en la diligencia de aprehensión. Y a todo ello se añade, en fin, que tampoco en sede judicial ha pedido la práctica de prueba alguna coincidente con la que sostiene indebidamente rechazada.

En este punto, y en respuesta a lo señalado en el tercer motivo de impugnación de la demanda, debe recordarse que el demandante firmó la diligencia de aprehensión al final de la misma, y que sus manifestaciones (recogidas en el

apartado previsto para ello) no dejan lugar a la duda en torno a la tenencia por su parte del tabaco aprehendido, a la realidad del mismo detallada en las casillas que anteceden, a las circunstancias relacionadas con su localización, y al destino que pretendía darle, su venta "para ganarse la vida".

Sobre la pretendida infracción, en lo que se refiere a la valoración de la mercancía, del plazo previsto en el artículo 22.5 párrafo segundo RD 1649/1998 ha de responderse: que lo que prevé el precepto es la puesta a disposición del órgano al que corresponda iniciar el procedimiento sancionador los bienes, efectos o instrumentos aprehendidos; que esa puesta a disposición del tabaco intervenido tuvo lugar nada más finalizada la intervención, quedando depositado al efecto en la representación de Logista, S.A. de Sevilla; y que según acta de valoración obrante en el expediente la valoración de la mercancía se efectuó en fecha 19 de marzo de 2015 de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica 12/1995 . Por lo demás, el apartado 5 de ese artículo 10 no prescribe que la valoración se haga en el momento del descubrimiento del ilícito o de aprehensión de los géneros o efectos, sino que "el valor se *determinará en relación con la fecha de realización del ilícito o, de no conocerse ésta, en relación con el descubrimiento del ilícito o aprehensión de los bienes, géneros o efectos*", que es cosa bien distinta; a lo que ha de adicionarse que el recurrente no ha aportado prueba pericial que desvirtúe la pertinencia de la referida valoración administrativa.

En lo que se refiere al plazo dado tras la respuesta a alegaciones, consta en el expediente que a través de ella, y con carácter previo a la Propuesta de Resolución, se le pone de manifiesto el expediente al recurrente "dándole audiencia para que pueda acceder a las actuaciones a fin de ejercitar su derecho y/o formular alegaciones y pueda presentar los documentos e informaciones que estime oportunas, concediéndole un plazo de quince días hábiles a partir del recibi de la presente notificación". Tras dos intentos de notificación infructuosa por ausencia del destinatario los días 15 y 17 de junio de 2015 se verificó la misma mediante en el "Boletín Oficial del Estado", con número de anuncio 2015/022 y fecha 20-7-2015 según certificado obrante en el expediente en el que se concluye el transcurso del plazo dado de quince días en fecha 5-8-2015.

Ciertamente la Resolución sancionadora se dictó antes del transcurso de ese plazo, concretamente el 3 de agosto de 2015, pero tal circunstancia ninguna indefensión material causó al recurrente realmente debilitadora de su derecho de defensa, pues notificada esa resolución mediante correo certificado con acuse de recibo el 18 de agosto de 2015 (sobrepasado ampliamente

el señalado plazo de quince días) es lo cierto que hasta entonces no había presentado escrito alguno de alegaciones.

En definitiva, y como esta Sala y Sección ha tenido ocasión de afirmar repetidamente (así, Sentencias de 27-7-2007 dictada en recurso de apelación 358/06 , o de 20-12-2005 dictada en recurso de apelación 384/2005), la jurisprudencia viene reiteradamente diciendo que la nulidad por la nulidad no tiene amparo jurídico y los defectos formales sólo son determinantes de nulidad cuando de los mismos se colige una merma o quiebra de los derechos y garantías del administrado que causen una real y material indefensión o imposibilitan una efectiva defensa; no existiendo en nuestro caso, por cuanto se ha expuesto, el menor resquicio de indefensión.

En lo que respecta, por último, al alegado cambio de tipificación de la infracción.

Según el acuerdo de inicio de 19 de marzo de 2015 los hechos que en él se recogen constituyen una presunta Infracción Administrativa de Contrabando tipificada en el art. 2.3 letra b), en relación con el art. 11, de la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando: "Tenencia, importación, exportación, comercio o circulación de géneros estancados (labores de tabaco) sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes."

En dicha tipificación insiste la respuesta a alegaciones formulada por el instructor del expediente en fecha 30 de abril de 2015. Se dice concretamente que "El supuesto de hecho sancionado esta tipificado como infracción administrativa de contrabando en el artículo 2.3.b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (B.O.E. 297 de 13/12/1995), según la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2011 (B.O.E. 156 de 01/07/2011), en relación con lo dispuesto en el artículo 11 de la misma, establecido para los que importaren, exportaren, produjeran, comerciaren, poseyeran, circularen, elaboraren o rehabilitaren géneros estancados sin autorización. Pues bien, el tabaco constituye género estancado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la citada Ley Orgánica y, por tanto, su tenencia sin autorización o sin acreditar su legítima procedencia forma parte del tipo sancionado anteriormente."

Esa tipificación se altera sin embargo sustancialmente en la Resolución sancionadora por la que se declara cometida una "infracción administrativa de contrabando, comprendida en la letra d) del apartado 1 del artículo 2, en relación con el artículo 11, de la ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando."

Es claro que una y otra norma citadas como infringidas en una y otra actuación (la letra b) del apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995 , de un lado, y la letra d) del apartado 1 de ese artículo 2, de otro), responden a presupuestos de hecho y conductas infractoras diferentes, pues mientras que la primera se refiere a la conducta consistente en realizar "operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes", la segunda alude sin embargo a quienes "Importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito .".

Resulta claro a la vista de los hechos denunciados y que constituyen el sustrato fáctico de la resolución sancionadora que es el primero de los preceptos reseñados el que describe la conducta infractora, integrando los elementos objetivos del tipo que en él se definen en cuanto se refiere a operaciones de tenencia o circulación de géneros estancados -entre los que se encuentra el tabaco- sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes. Resultando sin embargo ajena al tenor de los hechos denunciados y sancionados la infracción definida en el artículo 21.1 .d) de la Ley Orgánica 12/1995 aplicada por la resolución sancionadora a efectos de tipificación.

Por ello cabe concluir que esa resolución no es ajustada a Derecho, procediendo por ello -con estimación del recurso- su anulación, junto a la de la resolución del TEARA que la confirmó.

Conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer a la parte demandada las costas procesales causadas.

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla. Ponente Arenas Ibañez)

X PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

Sanción por impago de deuda a la SS. debidamente domiciliada bancariamente. Improcedencia.

“Recorre la Sra. Carolina la resolución de 20 de marzo de 2015, de la Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial en Sevilla de la TGSS, desestimatoria del recurso de alzada deducido frente a resolución

de 27 de noviembre de 2014 por la que se la excluía del Régimen General Sistema Especial Agrario por "no abono de dos meses seguidos inactividad".

La actora ha demostrado cuanto estaba en su mano, a saber, que tenía domiciliado el pago de las cuotas en una entidad bancaria, que se venían pagando por ese procedimiento y que se siguieron pagando de la misma forma los meses posteriores a esos dos (enero y febrero de 2014) en que no se produjo el cobro, aun teniendo efectivo suficiente en la cuenta bancaria, como también prueba.

Se cierra en banda la TGSS y acude al más que discutible, por decirlo de manera suave, argumento de que bien pudo la actora percatarse de la falta de abono de las cuotas si hubiera estado pendiente de los movimientos de la cuenta. Eso es inadmisibile. Sólo caben dos posibilidades, tras la acreditación por la actora de los anteriores extremos antes señalados: o hubo un fallo de la TGSS o hubo un fallo de la entidad bancaria. En ninguno de esos casos pueden proyectarse sobre la actora las consecuencias negativas de una circunstancia de la que ninguna culpa tuvo. Si el fallo fue de la TGSS, que dirima las responsabilidades oportunas; si lo fue del banco, que acuda la TGSS al art 30.4 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo.

Procede, pues, estimar el recurso y anular las resoluciones recurridas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa procede imponer las costas procesales causadas a la Administración demandada, si bien limitamos a 1.500 euros la suma total a percibir por concepto de honorarios profesionales de la parte actora".

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla Ponente Salas Gallego)

XI.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERÍA.

Repercusión y criterios de aplicación de la existencia de condenas penales en los procesos de expulsión en extranjería. No puede ser considerada más que en la medida en que las circunstancias que les han dado lugar pongan de relieve la existencia de una conducta personal que constituya una amenaza actual para el orden público .."

Alega en síntesis la parte apelante que conforme al artículo 27.2 de la Directiva 2004/38/CE , de 29 de abril, y a la jurisprudencia comunitaria, la tarjeta solicitada sólo se puede denegar cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, entendida como una

amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la existencia de condenas penales anteriores constituya por sí sola razón para dicha denegación; por lo que en este caso la pendencia de un juicio penal no denota por sí ningún tipo de amenaza ni peligrosidad, mientras que la mera detención de 28 de junio de 2014 que consta en informe policial es jurídicamente inocua a los efectos de denegar la tarjeta en tanto no se averigüen las resultas del procedimiento, cosa que la Administración no ha hecho, sin que estas detenciones deban prevalecer frente al resto de circunstancias probadas por el demandante.

El Abogado del Estado opone que el demandante ha sido condenado penalmente en dos ocasiones por conducción sin permiso y por hurto, y cuenta con antecedentes policiales por actos contra la seguridad del tráfico, robo y atentado, malos tratos familiares y robo, por lo que hay una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad y que justifica la denegación de la tarjeta solicitada de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007. Añade que frente a estos datos negativos no se acredita un especial arraigo salvo el matrimonio con una ciudadana española con respecto al cuál constan antecedentes penales por malos tratos familiares; no acreditándose medios de vida ni actividad laboral, salvo la desempeñada en centro penitenciario, lo que pudiera hacer pensar que los medios de vida los obtiene precisamente de actividades ilícitas.

La resolución administrativa impugnada da respuesta a la solicitud formulada por el recurrente en fecha 21 de octubre de 2015 ante la Subdelegación del Gobierno en Sevilla a fin de que tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE con amparo en lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Al efecto, identifica como ciudadano de la Unión que da derecho a la aplicación del régimen comunitario a su cónyuge, la ciudadana de nacionalidad española Dña. Pilar (se aporta su DNI), con quien según resulta de la documentación aportada (certificado literal de inscripción registral del matrimonio) contrajo matrimonio en fecha 22 de julio de 2010, y con quien está también empadronada en el mismo domicilio de la ciudad de Sevilla desde enero de 2009 conforme al certificado de inscripción padronal colectivo igualmente aportado. De dicha unión nació una hija de nacionalidad española en fecha 11 de mayo de 2009 empadronada también en el mismo domicilio.

La Administración demandada deniega esa tarjeta con amparo en lo dispuesto en el artículo 15.1 .b) del citado Real Decreto 240/2007, en cuya virtud" *Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:...b) Denegar...la expedición... de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto."*

A tal efecto toma principalmente en consideración los antecedentes que constan en el informe elaborado por la Inspectora Jefa de la UDEX obrante al folio 15 del expediente. De dicho informe, así como del certificado del Registro Central de Penados aportados por la defensa de la Administración en el acto de la vista, resulta:

1º) Que al demandante le constan los siguientes antecedentes penales:

-una condena a la pena de cuatro meses de responsabilidad personal subsidiaria-prisión como autor de un delito de conducción sin permiso o retirado cautelar o definitivamente según Sentencia firme de 11 de abril de 2012 del Juzgado de Instrucción número siete de Sevilla por hechos ocurridos ese mismo día, encontrándose la condena en situación de suspensión desde el 10 de julio de 2013; y

-otra condena a la pena de seis meses de prisión como autor de un delito de hurto según Sentencia firme de 8 de enero de 2013 del Juzgado de Instrucción números dos de Moguer, por hechos ocurridos ese mismo día.

2º) Que al demandante le constan los siguientes antecedentes policiales:

-una detención en fecha 29 de abril de 2012 por presuntos delitos de robo con fuerza en las cosas, atentado a agente de la autoridad y delito contra la seguridad del tráfico. De la misma derivó una causa penal que dio lugar al Procedimiento Abreviado 185/2015 del Juzgado de lo Penal número seis de Sevilla señalándose el día 22 de septiembre de 2016 para la celebración del juicio (folio 28 del expediente en que consta la citación a juicio) cuyo resultado desconocemos; una detención en fecha 12 de junio de 2013 por un presunto delito de malos tratos físicos en el ámbito familiar apareciendo como perjudicada Dña. Pilar . La misma dio lugar al procedimiento de Juicio de Faltas 42/2013, seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Sevilla que concluyó con el dictado de Sentencia -absolutoria firme, archivándose la causa el 23 de agosto de 2013 (folio 29 del expediente consistente en copia de la Diligencia de Ordenación acordando el archivo del procedimiento); y -una detención el 28 de junio de 2014 por un presunto

delito de robo con violencia/intimidación por la que se desarrollaron las diligencias policiales 5275/14 que se remitieron al juzgado de instrucción, desconociéndose el estado de la causa judicial que se hubiera abierto en su virtud.

Conforme a lo previsto en el artículo 15.5.d) del Real Decreto 240/2007, cuando medidas como la denegación de la expedición de las tarjetas de residencia previstas en él se adopten por razones de orden público o de seguridad pública, tal es nuestro caso, " *deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.*"

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 8 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/279485) en su apartado 82 dispone: Así pues, las medidas justificadas por razones de orden público o seguridad pública sólo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Y en su apartado 83 expresa: en consecuencia, dichas medidas no pueden adoptarse de un modo automático a raíz de una condena penal o con una finalidad de prevención general para disuadir a otros extranjeros de que cometan infracciones (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2010 Bozkurt apartado 58).

Y en este mismo sentido manifestaba el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en las Sentencias de 4 de diciembre de 1974 (asunto 41/1974, van Duyn) y 27 de octubre de 1977 (asunto 30/1977, Regina contra Pierre Bouchereau), que " *.. la simple existencia de condenas penales no puede ser considerada más que en la medida en que las circunstancias que les han dado lugar pongan de relieve la existencia de una conducta personal que constituya una amenaza actual para el orden público ..*", y en que " *.. el concepto jurídico indeterminado de "orden público" en el contexto comunitario y en cuanto a restricción del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser integrado de forma estricta ..*", requiriendo " *.. la existencia, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la ley, de una amenaza real y suficiente grave, que afecta a un interés fundamental de la sociedad*" (STJCEE de 27 de octubre de

1977)..". La misma doctrina se recoge también en las Sentencias de 10 de julio de 2008 (Jipa; C-33/07), de 24 de marzo de 2010, y de 22 de mayo de 2012 (asunto C-348/2009).

Pues bien, en relación con los antecedentes policiales que le constan al demandante, ha de indicarse como razonara esta Sala (Sección 4ª) en Sentencia núm. 1209/2014 de 22 diciembre, dictada en Recurso de Apelación núm. 484/2013, que " *si la existencia de una condena previa no puede, por sí misma, justificar la denegación de la autorización solicitada, con mayor razón los antecedentes policiales no pueden justificar la decisión de conceder o denegar la tarjeta de residencia familiar de ciudadano comunitario, ni aún en el caso de que estos antecedentes, concretados en detenciones, hubieran dado lugar a la condena posterior por los hechos de los que era acusado pues fueron ulteriores al dictado de la resolución impugnada y, en su caso, a lo que podrán dar lugar es a la revocación de la autorización que debió ser concedida, pero no a su denegación inicial* ". Más en este caso en el que, de las tres detenciones que le constan al actor, una concluyó con el dictado de Sentencia absolutoria en causa penal, y respecto de otra ni tan siquiera aparece documentada la instrucción de un procedimiento criminal.

Y por lo que respecta a los antecedentes penales es manifiesta la falta de motivación de la resolución administrativa impugnada -tanto la inicial como la de alzada- en cuanto se refieren de forma genérica y en pura teoría a que se trata de conductas tipificadas en el Código Penal, a los valores y principios básicos tutelados por éste, y a la necesidad de ponderar los antecedentes penales y en su caso policiales a la luz del concepto de orden público o seguridad pública atendiendo al efecto a la naturaleza del comportamiento y su gravedad en relación a la seguridad y al orden público y a la actualidad del peligro que representa. Esto es, al afirmarse a partir de lo anterior que la conducta del demandante supone una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, no se toman en consideración alguna, valorándolos: los concretos hechos por los que se condenó al demandante; el específico bien jurídico afectado por la comisión de los señalados delitos para ponerlos en relación con los conceptos de orden y seguridad públicos; la circunstancia de que una de las condenas ha sido objeto de suspensión por parte del órgano judicial competente; la gravedad de los delitos cometidos; la data de los hechos objeto de condena de abril de 2012 y enero de 2013; y en fin el comportamiento del demandante reflejado en las Sentencias condenatorias o en los atestados policiales de los que traían causa.

Téngase presente que medidas como la aquí acordada por la Administración deben basarse en un examen individual de cada caso, razonando en este sentido la STJCE de 10-7- 2008, C-33/2007, que: "24. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que *las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general*".

En definitiva, no queda justificado, descendiendo a las circunstancias del caso concreto, que la conducta personal del demandante puesta de relieve en esas condenas penales y antecedentes policiales citados sea reveladora de una amenaza real, actual y suficientemente grave para la sociedad, condicionante establecido por la normativa aplicada por la Administración para denegar la autorización de residencia solicitada.

Por todo lo expuesto procede, con estimación del recurso de apelación y revocación de la Sentencia de instancia, anular la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho y reconocer el derecho del demandante a obtener la tarjeta solicitada.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no ha lugar a hacer expresa imposición respecto a las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla Ponente Arenas Ibáñez).

XI.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERÍA.

Completa doctrina sobre retorno de nacionales de terceros Estados.

Con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida ésta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales. De acuerdo con las previsiones de la citada Directiva comunitaria -en particular con lo establecido en su artículo 6- y con los objetivos que persigue la situación irregular de cualquier nacional de un país tercero ha de llevar aparejada como medida principal el retorno a su país de origen salvo que

concurran las circunstancias o situaciones excepcionales contempladas en la propia norma europea que justifican su no retorno o devolución.

Alega en primer término la parte apelante que no procedía la elección del procedimiento preferente -que le limita su capacidad de defensa ante la notable diferencia de plazos- en lugar del ordinario, y ello teniendo en cuenta que desde el inicio del expediente consta aportado el pasaporte y designado un domicilio no existiendo por tanto riesgo alguno de incomparecencia, a lo que se suma que ningún riesgo entrañaba el demandante para el orden público, seguridad pública o seguridad ciudadana desde el momento en que no consta antecedente en tal sentido y han sido archivadas las diligencias previas que se le incoaron, sin que pueda sustentar esa elección su prolongada estancia en nuestro país, más cuando ha justificado que estaba reuniendo la documentación necesaria para solicitar una autorización de residencia por arraigo; concluyendo que no concurre ninguno de los supuestos establecidos para la tramitación del procedimiento preferente ni las específicas circunstancias que los justificarían en el caso de la infracción establecida en el artículo 53.1.a) LO 4/2000. Aduce en segundo lugar que en el caso de autos no hay dato negativo de tal entidad que justifique la expulsión careciendo por ello la resolución administrativa impugnada de la debida motivación impuesta por el artículo 53.1 LO 4/2000 en caso de que se opte por la sanción de expulsión en lugar de la multa; habiéndose aportado documentación que demuestra que estaba reuniendo los documentos necesarios para solicitar la autorización de residencia por arraigo, encontrándose pendiente de formalizar una oferta de trabajo para regularizar su permanencia, y contando en España con un hermano con el que convive que es residente de larga duración.

El Abogado del Estado, tras referirse a los hechos básicos del recurso (de los que destaca la caducidad de la carta de invitación que permitió la entrada del recurrente en España y que no ha realizado trámite alguno para regularizar su situación en nuestro país) y a lo dispuesto en los artículos 53.1 .a) y 57.1 LO 4/2000 , niega en primer lugar el arraigo social del demandante en España teniendo en cuenta que no lo constituye su empadronamiento o el no haber cometido delito y que no ha regularizado su situación ni dispone de ingresos propios y medios de vida. Expone seguidamente que procedía tramitar el procedimiento preferente de expulsión conforme a lo previsto en el artículo 63 de la citada Ley Orgánica pues el recurrente inicialmente no facilitó su domicilio y se identificó con la copia compulsada de un pasaporte del que no era titular. Y sobre la proporcionalidad de la expulsión se refiere a la conformidad de la resolución judicial apelada con el criterio establecido por

la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/14 la cuál ha supuesto un cambio de criterio que están adoptando mayoritariamente las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.

Las alegaciones del apelante no desvirtúan los razonamientos expuestos por el Magistrado a quo en la Sentencia que aquí se impugna, debidamente ajustados a la normativa de aplicación y a las circunstancias concurrentes en el caso de autos; razonamientos que por tanto hacemos nuestros y damos por reproducidos a fin de evitar innecesarias reiteraciones.

En efecto, en lo que se refiere al primero de los motivos de la apelación (relativo a la improcedencia de la elección del procedimiento preferente de expulsión) y teniendo en cuenta que la infracción que se imputa al demandante es la tipificada en el artículo 53.1 .a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, es de aplicación a estos efectos lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 63.1 de dicho cuerpo legal, a tenor del cuál "Igualmente, *el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 7 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) *Riesgo de incomparecencia.*
- b) *El extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.*
- c) *El extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional."*

En el caso de autos, como pone de relieve el acuerdo de iniciación, es de apreciar el supuesto de la letra a) de dicho precepto ("riesgo de incomparecencia"). Su aplicación no implica de acuerdo con su tenor la previa constatación por parte de la Administración de que el extranjero tiene la intención de no acudir ante el órgano encargado de tramitar el expediente cuando fuera citado para tal fin, o incluso de abandonar nuestro país, como parece sostener el apelante; sino únicamente la comprobación de que concurren en él determinadas circunstancias que pudieran poner en riesgo esa comparecencia, como así sucede en nuestro caso teniendo en cuenta: la presentación inicial, a efectos identificativos, de un documento perteneciente a persona distinta (en el momento de su detención presentó una copia cotejada por notario a nombre de Armando , siendo su pasaporte presentado posteriormente por su abogada en dependencias policiales); el dato de que al momento de ese acuerdo carece de domicilio conocido; el hecho de que para entonces no le consta ningún vínculo familiar o

económico en España al que pudiera acudir en aras a su localización en cualquier momento; la imputación de un delito de usurpación de estado civil; y en fin, la caducidad desde hacía ocho meses (el 19-6-2015) de la carta de invitación a su nombre que habilitó su entrada y estancia en España. Son éstos motivos más que suficientes para plantear a priori un temor fundado en que el extranjero, en estas condiciones, no pueda ser localizado, citado o notificado en cualquier momento que se precise en alguna de las distintas fases de que consta el expediente.

Por lo demás, la alegación del apelante adolece de un razonamiento fundamental, cual es en qué medida el hecho de haberse tramitado un procedimiento de expulsión por el trámite preferente, y no por el ordinario, ha comportado indefensión material para su derecho de defensa. Lo cierto es que en el curso del expediente evacuó trámite de alegaciones, con aportación de diversa documental en apoyo de las mismas, que obtuvieron respuesta por parte del órgano instructor.

En este sentido, esta Sala y Sección manifestó en Sentencia de 27-7-2007 dictada en recurso de apelación 358/06, que debe recordarse que la jurisprudencia viene reiteradamente diciendo que la nulidad por la nulidad no tiene amparo jurídico y los defectos formales sólo son determinantes de nulidad cuando de los mismos se colige una merma o quiebra de los derechos y garantías del administrado que causen una real y material indefensión o imposibilitan una efectiva defensa; no existiendo en nuestro caso el menor resquicio de indefensión. Lo cierto, como se ha dicho, es que los trámites esenciales se han cumplido y que la indefensión no posee carácter formal sino material, y la parte actora prescinde absolutamente de señalar cómo de le ha impedido o dificultado la defensa (Sentencia de esta Sala y Sección de 20-12-2005). Por lo demás, como tiene declarado el Tribunal Supremo, si a pesar de la omisión procedimental, el Tribunal enjuiciador cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto (STS de 10 de octubre de 1991); ello es así porque la teoría de la nulidad de los actos administrativos, ha de aplicarse con cautela, siendo necesario siempre ponderar el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas (STS de 20 de julio de 1992), pues es evidente que si la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo (SSTS de 14 de junio de 1985; 3 de julio y 16 de noviembre de 1987; y 22 de julio de 1988),

por ello si el interesado en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo, ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo, y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento (SSTS de 6 de julio de 1988; y 17 de junio de 1991).

El segundo argumento de la apelación ha sido debida y correctamente rechazado en la Sentencia de instancia. Ésta, después de traer a colación la posición que había mantenido el Tribunal Supremo ante supuestos como el de autos (en los que la parte apelante sustenta su posición), expone que la misma se ve superada a partir de la Sentencia de 25 de abril de 2015 de la Sala cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que transcribe. Y efectivamente así es, pues la decisión de expulsión queda avalada por la normativa comunitaria y la más reciente jurisprudencia que la interpreta, como bien destaca el Magistrado a quo.

En particular, esa Sentencia de 23 de abril de 2015, nº C-38/2014, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ya valorada, entre otras muchas, en Sentencias de esta Sala de 7 de mayo de 2015 dictada en recurso de apelación nº. 111/2015, de 14 de mayo de 2015 dictada en recurso de apelación nº 242/2015, o de 4 de junio de 2015 dictada en recurso de apelación nº 304/2015) no abriga duda alguna respecto a que la sanción de multa no puede imponerse en casos como el presente.

Dicha Sentencia declara en su parte dispositiva que " La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1 y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2y3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí."

Para alcanzar esa conclusión la referida Sentencia, tras consignar en síntesis la cuestión prejudicial a la que da respuesta ("si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3 , debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión , siendo ambas medidas excluyentes entre sí"), y aludir también sintéticamente al estado de la cuestión en la legislación y jurisprudencia españolas ("con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal -Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales"), recuerda en sus sucesivos considerandos que de acuerdo con las previsiones de la citada Directiva comunitaria -en particular con lo establecido en su artículo 6- y con los objetivos que persigue la situación irregular de cualquier nacional de un país tercero ha de llevar aparejada como medida principal el retorno a su país de origen salvo que concurran las circunstancias o situaciones excepcionales contempladas en la propia norma europea que justifican su no retorno o devolución.

En este sentido razona la Sentencia del Tribunal Europeo:

"30. A este respecto, ha de recordarse que *el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación* . Además, en virtud de su artículo 1 , esta Directiva establece las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

31. Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

32. En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia

permite suponer que el Sr. Gerónimo se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33. Asimismo, ha de señalarse que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34. Por otra parte, debe recordarse que *tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).*

35. De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15.

36. *La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115, a las normas y procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.*

37. Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que *ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.*

38. En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que *la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva.* Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1, y

8, apartado 1, de la misma Directiva, *la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.*

39. A este respecto, cabe recordar que *los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner «en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil»* (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

40. De lo anterior se desprende que *una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva* (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39)".

Conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 6 de la Directiva 2008/115 determina el dictado de la decisión de retorno, "*Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2a 5.*"

Es indudable que en el caso de autos el recurrente se encuentra en una situación que a tenor de lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 2008/115 determina el dictado de la decisión de retorno, pues como ha quedado dicho resulta acreditado e indiscutido que se encontraba en esta situación cuando fue detenido el día 19 de febrero de 2016 por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en Córdoba, careciendo de la documentación exigida para su estancia en nuestro país.

Como también lo es que no se dan en él ninguno de los supuestos de excepción establecidos en los apartados 2 a 5 del mismo artículo 6; esto es, ser titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro; que otro Estado miembro se haga cargo de él en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la Directiva; que se le conceda un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo (en este punto el apelante se limita a argumentar que estaba reuniendo la documentación necesaria para solicitar una autorización de residencia); o que tenga pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.

Respecto a lo prevenido en el artículo 4 de la Directiva en sus apartados 2 ("La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país") y 3 ("La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que

sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva"), el propio Tribunal de Justicia europeo se encarga de recordar que como hemos visto: en relación con el apartado 2 que ningún precepto de la Directiva ni disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permite establecer un sistema que en casos como el aquí examinado imponga dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión; y en relación con el apartado 3, que habida cuenta del objetivo que persigue la Directiva y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros sus artículos 6.1 y 8.1 la compatibilidad con la Directiva comunitaria no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el español.

Debe recordarse por lo demás que el principio de primacía del derecho comunitario, consagrado ya en la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, obliga al Juez nacional a aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y el Tribunal de Justicia ha consagrado (Sentencias Von Colson y Harz, ambas de 10 de abril de 1984 entre otras) el llamado principio de interpretación conforme, declarando que cuando los Jueces nacionales aplican el Derecho nacional están obligados a interpretarlo ateniéndose a las normas comunitarias. En particular, en caso de falta de transposición o de transposición incorrecta de una Directiva por los poderes públicos competentes se traslada a los jueces, también órganos del Estado, la obligación de adoptar las medidas necesarias para alcanzar el resultado querido por la Directiva, alcanzando los efectos materiales de la Directiva.

Las anteriores consideraciones conducen necesariamente al rechazo de la pretensión actora al ser procedente la expulsión acordada habida cuenta la situación irregular del demandante en España, y que no concurren en él ninguna de los supuestos excepcionales antes relacionados previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/15, ni otro supuesto que, en los términos establecidos en el art. 4.2 de dicha Directiva, conforme a las disposiciones del acervo comunitario en materia de inmigración y asilo, pueda ser más favorable para el nacional de un tercer estado no miembro.

Sólo nos resta por añadir, en todo caso a los meros efectos dialécticos, al respecto de las circunstancias de arraigo alegadas, que desde la caducidad de la carta de invitación a su nombre el actor no ha hecho intento alguno de regularizar su situación en nuestro país; que no demuestra la disponibilidad de medios económicos suficientes para vivir en España, ni la cuantía, regularidad y licitud de los ingresos que pudiera tener (Sentencias de esta Sala de 6-3-2008 (dos) dictadas en recursos de apelación 719/2008 y 739/2008); que no constituye arraigo la mera permanencia en España del recurrente-aun empadronado- por prolongada que ésta sea; y que tampoco cabe deducir el mismo de la mera titularidad del derecho a la asistencia sanitaria obligatoria, derecho reconocido a todo extranjero por el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 sin perjuicio de cuál sea su situación en España

(Sentencia de esta Sala de 12-9-2003 dictada en recurso 937/2002); no habiéndose justificado documentalmente por lo demás la relación de parentesco alegada. En fin, la apreciación de la situación de arraigo precisaba la demostración fehaciente (por virtud de circunstancias familiares, laborales, económicas o sociales) de una vinculación seria, intensa, continuada y actual con el territorio español, arraigo que debe ser profundo y de importancia como afirmara esta Sala en Sentencia de 2-11-2006 dictada en recurso de apelación nº 238/2006, extremos que aquí no han quedado debidamente probados.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer a la parte apelante las costas de esta instancia.

No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, fija en 300 euros la cantidad máxima a repercutir en concepto de honorarios del Abogado del Estado, atendiendo a tal efecto a las circunstancias del asunto, y a su actividad procesal en esta instancia circunscrita a la formulación del escrito de oposición a la apelación.

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla. Ponente Arenas Ibáñez)

XV.- JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. MEDIDAS CAUTELARES

Doctrina general sucinta y actualizada acerca de las medidas cautelares.

A la hora de dar respuesta al recurso de apelación parece conveniente hacer referencia a las notas que caracterizan el sistema de medidas cautelares en la LJ, citando al efecto la STS de 14 de octubre de 2008. Para el Tribunal Supremo son las siguientes:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas

innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

En el caso examinado, la Sala comparte el criterio de la Magistrada de la primera instancia y da por reproducidos sus razonamientos en orden a denegar la medida solicitada, que son correctos y que no han sido combatidos por la apelante puesto que se limita, sin más, sin crítica alguna a lo decidido, sin expresar en qué y por qué se ha equivocado -a su juicio- la Magistrada, a reproducir ad pedem litere sus alegaciones vertidas con la solicitud de la medida.

Habida cuenta la desestimación del recurso, procede hacer especial imposición de las costas a la entidad apelante, a tenor de lo dispuesto en el art 139 LJ, si bien limitamos a 300 euros la suma total a repercutir por dicho concepto por la contraparte.

(St.de 1 de junio de 2017. Sala de Sevilla. Ponente Salas Gallego).

XXII.- URBANISMO Y VIVIENDA. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE EDIFICAR

La Sala analiza el alcance de la licencia y del deber de edificar en relación con las distintas situaciones relativas a la titularidad del suelo. "...nada podrá decidirse en la licencia sobre las relaciones dominicales o sobre los problemas civiles que la obra autorizada puede ocasionar. Al Ayuntamiento le basta con una solicitud de licencia para cumplir su deber de concederla siempre que así proceda urbanísticamente. En

sentido inverso, para denegar una licencia sólo pueden ser tenidas en cuenta las razones técnico-urbanísticas, siendo indiferentes las cuestiones relativas al derecho de propiedad, y en todo caso se deberá justificar, en clave urbanística exclusivamente, tal resolución denegatoria .”. “En definitiva, si el otorgamiento de la licencia urbanística (en este caso de obras) no implica que su destinatario ostente la propiedad de los terrenos objeto de la misma, y si para esa concesión no debe comprobar y analizar esa titularidad más allá de la apariencia jurídica, ninguna razón jurídica impositiva justifica que los propietarios del inmueble al que se refiere esta litis no pudieran solicitar la preceptiva licencia de obras en orden a llevar a efecto el deber de edificar el solar de su titularidad; más cuando -sin perjuicio de la falta de inscripción registral del inmueble a su nombre- esa propiedad quedaba plenamente justificada de acuerdo con las resoluciones judiciales civiles antes referenciadas, no constando que la misma haya sido puesta en cuestión en momento alguno.” (sic)

Sostiene la parte apelante en el primer apartado de su recurso que los propietarios de la antigua casa edificada en la c/ DIRECCION000 número NUM000 - NUM001 , actualmente solar, tuvieron que recorrer un largo y complicado camino lleno de obstáculos burocráticos administrativos y judiciales para que finalmente les fuera reconocido su titularidad sobre la finca y más adelante su pleno poder de disposición sobre ella a través de la inmatriculación del solar como finca individualizada con la correspondiente anotación de sus respectivas proporciones de copropiedad, destacando al respecto: que el inmueble fue adquirido por los abuelos de sus actuales propietarios con carácter ganancial por título de contrato privado de compraventa de 1-9-1922; que esa finca no estaba inscrita como predio independiente en el Registro de la Propiedad y formaba parte de otra de mayor cabida que había sido parcelada y vendida a numerosos compradores sin que se otorgaran las correspondientes escrituras de segregación y compraventa ni por ello se llegaron a inscribir como fincas registrales individualizadas; que la finca matriz (número NUM003 del Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla) ni siquiera se encontraba a nombre de la vendedora; que del matrimonio formado por los indicados compradores nacieron tres hijos (Pedro , Carlos Francisco y Leticia), quienes una vez fallecidos sus padres continuaron de facto con la titularidad de la vivienda; que esos hijos tuvieron a su vez dos, tres y catorce hijos frutos de sus respectivos matrimonios, siendo el demandante hijo de Pedro ; que fallecidos los adquirentes de la vivienda y sus hijos de éstos se produjeron divergencias entre los hijos de estos últimos, en cuanto herederos de la finca, que dieron lugar a que se instara la división judicial de la herencia, tramitándose ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla autos 207/2008-3E en los que se dictó Auto de 3-11-2009 aprobando el cuaderno particional elaborado pro el contador partidor

que adjudicaba la finca a los indicados herederos por su participación legal correspondiente, que hubo de ser complementado por otro Auto de 25-1-2010 subsanando determinadas omisiones en que había incurrido la primera resolución; que para entonces la antigua casa construida sobre la repetida finca ya había sido demolida, por lo que ya se trataba del solar sin edificar aún subsistente; que como quiera que pese a la adjudicación judicial de la herencia la finca que la integraba como único bien no podía ser inscrita registralmente a nombre de los herederos -pues ni se encontraba segregada como predio independiente ni estaba bajo la titularidad de sus causantes por haberse interrumpido el tracto sucesivo- se hizo necesario tramitar un expediente de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Sevilla en procedimiento 722/2010 en el que recayó Auto de 25-9-2013 declarando justificado el dominio de todos los coherederos sobre el solar en cuestión, por sus respectivos porcentajes, y asimismo segregaba el mismo de su finca matriz, ordenando su inscripción en el Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla; que declarado firme ese Auto, y entregado testimonio de él en fecha 7-11 -2013, los copropietarios procedieron a instar la autoliquidación del Impuesto de Sucesiones el 5-12-2013 y luego solicitaron su inscripción en el Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla el 10-1-2014, la cuál fue suspendida por calificación de 31 -12-2013, presentándose nuevamente el documento el 6-6-2014, suspendiéndose también la inscripción por calificación datada el 10-6-2014, y el 30-1-2015, siendo igualmente suspendida por otra calificación de fecha 18-2-2015; que todas estas suspensiones incidían en la deficiente identificación de la finca segregada, pues los datos de identificación catastrales no coinciden con la numeración de la finca (en el catastro era el número NUM000 de gobierno de la DIRECCION000 , coincidente con el consignado en el Auto judicial, y en los certificados emitidos por la GMU se correspondía con el número NUM000 - NUM001), incidencia que retrasó considerablemente la inscripción de la finca que finalmente se produjo (una vez certificado por el Negociado municipal de Estadística la concordancia de esas fincas NUM000 - NUM001 y NUM000) por calificación favorable del Registro de la Propiedad de Sevilla de 11 de septiembre de 2015; y que no fue por tanto hasta esta última fecha cuando la finca se inmatriculó registralmente como finca independiente a nombre del recurrente y resto de copropietarios, por lo que sólo a partir de ese momento pudieron tener su pleno poder de disposición. Mantiene a partir de lo anterior que el demandante y restantes copropietarios actuaron con la máxima diligencia debiéndose el retraso en la edificación del solar a causas ajenas a su voluntad e imputables a los trámites burocráticos citados; que está además acreditado que de todos estos trámites y actuaciones judiciales y administrativas tuvo perfecto y puntual conocimiento la GMU como se desprende de los numerosos escritos que le

dirigieron los propietarios de la finca obrantes en el expediente, al punto que ese mismo organismo vino a reconocer que los propietarios del solar no tenían pleno poder de disposición para instar su edificación suspendiendo incluso el plazo otorgado para ello hasta que se ultimaran los trámites para su definitiva inmatriculación a su nombre; y que pese a ello les requirió la perentoria edificación del solar a partir del Auto judicial que declaraba la reanudación del tracto sucesivo sin tener en cuenta que el mismo no había sido inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad ni aparecía inmatriculado en él como finca independiente no siendo por ello posible legalmente instar su edificación, situación también conocida plenamente por la GMU mediante escrito solicitando que se aclarase la identificación de la finca ante la suspensión de la inscripción por el Registro de la Propiedad en tanto no se certificase la concordancia de los datos reseñados en el Auto con los catastrales y urbanísticos. Razona seguidamente que las enunciadas circunstancias han quedado acreditadas documentalmentemente sin que quepa duda sobre la actuación con la máxima diligencia y buena fe por parte de los propietarios, sin que el pretendido incumplimiento que se les atribuye se les pueda atribuir pues cuando se les requirió la edificación del solar no tenían la capacidad legal necesaria para cumplir esa orden; añadiendo que no concurren en este caso circunstancias extraordinarias de interés público que justifiquen poner en venta forzosa un simple solar de apenas 150m² a una tasación muy inferior a su valor real y fiscal con los consiguientes perjuicios para sus propietarios que han invertido cuantiosos gastos en su inmatriculación y legalización; y que la ejecución de la medida impugnada es injusta, ilegal y muy perjudicial para los propietarios de la finca que sólo favorecen objetivos especuladores y lucrativos de los posibles adjudicatarios y nunca el interés público. Con invocación de lo previsto en los artículos 148.3 y 150.1 LOUA razona en el siguiente apartado que para que la obligación de edificar sea exigible el propietario de la finca ha de tener pleno poder de disposición de la finca según el artículo 348 CC, sin que la mera detentación de la propiedad sea suficiente para poder disponer de ella pues el ejercicio de ese derecho se ha de atener a lo legalmente establecido; no pudiendo disfrutarse enteramente del inmueble ni tener su pleno poder de disposición si carece de identidad registral como finca individualizada y tampoco se encuentra inscrita a nombre de persona alguna, haciendo inviable el establecimiento de gravámenes o garantías sobre aquella u otros actos y operaciones jurídicas que requieren de anotación registral, por lo que es imposible constituir hipoteca y otro gravamen de garantía que permita obtener financiación para su edificación, lo que constituye una clara limitación de poder de disposición impidiendo obtener los fondos necesarios para el cumplimiento del deber impuesto a los propietarios. Señala asimismo que otra patente limitación derivada de la falta de inscripción es la imposibilidad real y material de venta de la finca pues existen

pocas posibilidades de vender si no se puede inscribir el nuevo dominio del comprador, pues éste siempre lo exige por su propia garantía o por la necesidad de financiar la compra mediante un préstamo hipotecario; y que la falta de inscripción del inmueble merma considerablemente su valor a la hora de su venta; siendo claro por tanto que el ejercicio de los derechos inherentes a la propiedad y su pleno poder de disposición se encuentran notablemente limitados cuando el inmueble no está inmatriculado como finca individualizada y a nombre de sus propietarios en el Registro de la Propiedad. Insiste por último en que no es legalmente posible la edificación de una finca que registralmente no existe y sobre la que el Registro de la Propiedad ha expresado dudas sobre su identidad por las razones expuestas, oponiendo a lo alegado por la GMU -al respecto de la posibilidad de solicitar pese a ello la licencia de obras en el plazo otorgado- que lo que sanciona el artículo 150.1 LOUA es la omisión del deber de edificar la finca en el plazo dado, habiendo manifestado y documentado los propietarios que no estaban en disposición legal de obtener la licencia por no haber ultimado los trámites de inmatriculación de la finca, por lo que es absurdo la solicitud de una licencia de obras para la que no se disponía entonces de la documentación necesaria para que fuera concedida obligando además a los propietarios a abonar de forma estéril una tasa de considerable importe, por lo que lo más adecuado habría sido suspender el plazo otorgado para iniciar los trámites de edificación en tanto no se ultimara la inscripción registral del título de propiedad. Añade en este sentido que por calificación emitida el 27-3-2012 el Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla denegó la inscripción de la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas precisamente por no encontrarse inscrita en ese Registro como finca independiente.

La defensa municipal se refiere en primer lugar a que el recurso de apelación no acredita que la sentencia incurra en una errónea apreciación de la prueba o contenga una defectuosa fundamentación jurídica, pretendiéndose un segundo enjuiciamiento del objeto del recurso en las mismas condiciones de la primera instancia al reiterarse las mismas alegaciones ya esgrimidas en ésta. Frente a lo alegado por la parte apelante en torno a la supuesta falta de poder de disposición del solar al no estar inscrito como finca registral independiente responde: 1. En cuanto al elemento subjetivo: que ni la falta de inscripción en el Registro del solar como finca nueva segregada de la matriz ni de sus propietarios es causa impositiva del cumplimiento del deber legal de edificación que la ley les impone, añadiendo a lo argumentado en tal sentido en la Sentencia de instancia: que las mismas alegaciones fueron esgrimidas por el apelante y otros copropietarios en el recurso de alzada contra el acuerdo de 12 de enero de 2011 del solar en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas (RMS) que fue desestimado

mediante Acuerdo plenario de 28-10-2011 dejado firme por el actor; que la parte actora incurre en desviación procesal pues sus alegaciones vuelven a dirigirse realmente contra esa inclusión del inmueble en el RMS confirmada mediante acuerdo que devino firme, no aduciendo argumentos que específicamente se dirijan a demostrar la ilegalidad de la declaración de incumplimiento, que no pueden ser otros que los tendentes a acreditar que ese incumplimiento no se ha producido, y esto no ocurre; que en sus alegaciones a la resolución de 22-5-2013 los propietarios faltaron a la realidad de las cosas al afirmar que la herencia no había podido ser adjudicada por existir divergencias entre los herederos sobre el porcentaje de cada uno sobre el inmueble en cuestión estando a la espera de la división judicial de la herencia solicitada sin hasta entonces hubiera recaído resolución, pues el procedimiento del Juzgado de Primera Instancia número 25 finalizó por Auto de 3 de noviembre de 2009 que aprobó el cuaderno particional que adjudicaba a los herederos la finca en el porcentaje legal correspondiente, complementado por Auto posterior de 25 de enero de 2010 que subsanó algunas omisiones, dato éste que fue omitido por los propietarios a quienes se les requirió la resolución de ese procedimiento judicial y que sin embargo aportaron otro de 25 de septiembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 14 dictado en procedimiento diferente sobre reanudación del tracto sucesivo al que no habían aludido en su escrito de alegaciones; que la actuación de la Gerencia de Urbanismo fue escrupulosa y confiada con respecto a lo alegado por los interesados, dejando sin efecto la primera incoación del procedimiento para la declaración del incumplimiento tras su petición de un nuevo plazo hasta la resolución judicial sobre la división de herencia, y advirtiéndoles por escrito -una vez conocido el dictado del Auto reconocido en el expediente de dominio- del plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que pesaba sobre la finca, transcurrido el cual sin novedad al respecto se continuaron los trámites hasta declararse el incumplimiento; que los trámites posteriores para la inscripción de la finca como independiente en el Registro de la Propiedad (que finalmente se practicó el 11 de septiembre de 2015) son irrelevantes en cuanto al cumplimiento del deber de edificar, pues nada impedía a los propietarios solicitar la licencia de obras y acometer su ejecución ni en su caso la enajenación del solar a terceros dispuestos a edificarlo, pues el demandante y sus coherederos ya tenían reconocida la titularidad dominical por resolución judicial mucho antes de que se adoptara la resolución de declaración de incumplimiento (18 de marzo de 2015) e incluso mucho antes de que se incoara el procedimiento administrativo correspondiente (2 de enero de 2015); que tras que los interesados aportaran el Auto resolutorio del procedimiento sobre reanudación del tracto sucesivo se les advirtió por Decreto del Gerente de Urbanismo de 5 de marzo de 2014 del plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que

pesaba sobre la finca y de que el mero transcurso de ese plazo conllevaría ex artículo 150.1 LOUA la colocación de la finca en situación de venta forzosa, advertencia que fue desoída por los interesados; y que tampoco mostraron interés por la posibilidad (introducida tras la entrada en vigor el 12 de septiembre de 2012 de la nueva redacción del artículo 18 de la Ordenanza Reguladora del RMS), de la que se les informó en el acuerdo cuarto de la resolución de 18 de marzo de 2015 que declaró el incumplimiento, de suscribir un convenio con la Gerencia al objeto de -pese a esa declaración y antes de la convocatoria del concurso público para la venta forzosa- permitir la edificación del solar siempre que asumieran compromisos de plazos ciertos para su ejecución. 2. En cuanto al elemento objetivo: que -además de lo razonado en la Sentencia apelada- la finca de referencia constituye un solar, una parcela catastral, un precio independiente, susceptible y apto para ser edificado al reunir los requisitos de los artículos 148.4 y 149.1 LOUA, y por tanto sujeto al cumplimiento del deber de edificar previsto en el artículo 9.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por RDL 2/2008 y en el artículo 51.1 de la LOUA; que su delimitación e identificación ha sido en todo momento indubitada no existiendo duda o confusión al respecto, siendo los interesados perfectos conocedores siempre del objeto de las actuaciones administrativas, y así en el acuerdo de inclusión en el RMS la finca se describía por su situación, referencia catastral, datos registrales de la finca matriz, y descripción de la parcela, no ofreciendo por ello dudas la identificación real y objetiva de la finca, mientras que en el acuerdo de declaración del incumplimiento del deber de edificar igualmente se identifica con toda claridad el solar afectado a partir de los mismos elementos.

Las alegaciones de la parte apelante no desvirtúan los elaborados y certeros razonamientos de la Magistrada a quo, debidamente ajustados a la normativa aplicable y a las circunstancias concurrentes en el caso de autos; razonamientos que por tanto esta Sala hace suyos y da por reproducidos a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

La norma legal de partida se contiene en el apartado 1 del artículo 150 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), que en relación con la ejecución mediante sustitución por incumplimiento del deber de edificación dispone lo que sigue:

" La no iniciación, en el plazo fijado al efecto, de la edificación de las parcelas y solares, incluidos los que cuenten con edificación deficiente o inadecuada, advertida de oficio por la Administración o por persona interesada, y previa audiencia a las personas propietarias por un plazo de veinte días, comporta la inclusión de la parcela o solar en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas, cuya regulación se establecerá reglamentariamente.

La inclusión en el Registro dará lugar al inicio del cómputo del plazo de un año para el comienzo de las obras, o en su caso la acreditación de las causas de la imposibilidad de la obtención de la licencia necesaria, tras el cual se determinará, por ministerio de la Ley, la colocación de la parcela o el solar correspondiente en situación de ejecución por sustitución."

El primer paso administrativo previsto en esa norma (consecuencia de la no iniciación en plazo de la edificación de las parcelas y solares) consistente en la inclusión de la parcela o solar en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas, cuya regulación se establecerá reglamentariamente, fue adoptado en nuestro caso mediante Acuerdo de 12 de enero de 2011 de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla por el que se dispuso incluir en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas (RMSER) la finca en litigio sita en la DIRECCION000 n° NUM000 - NUM001 . Esa concreta decisión se confirmó en alzada mediante Acuerdo del Pleno municipal de 28 de octubre de 2011, en la que no obstante se suspendía por treinta meses (de conformidad con el acuerdo del Pleno de 18 de marzo de 2011) el plazo máximo dado a los propietarios en el acuerdo inicial de la Gerencia de Urbanismo de enero de 2011.

Esta resolución en alzada no fue impugnada en tiempo y forma a través de la pertinente vía judicial, por lo que devino firme y consentida, y en consecuencia inatacable, sin que quepa en consecuencia reabrir el debate al respecto de la inclusión de la finca de referencia en el RMSER que aquella resolución vino a ratificar.

El debate queda así centrado en el segundo párrafo de la norma antes transcrita. Su presupuesto es la falta de comienzo de las obra en el plazo dado o la justificación de la imposibilidad de obtener la licencia precisa para tal efecto; y su consecuencia es, imperativamente, la colocación de la parcela o el solar correspondiente en situación de ejecución por sustitución.

Así lo decidió la Administración municipal mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Gerencia de Urbanismo 18 de marzo de 2015 por el que se declara el incumplimiento del deber de edificar la finca de conformidad con el artículo 150.1 de la LOUA; y se opta al propio tiempo, de conformidad con el mismo artículo, por la venta forzosa del inmueble para su ejecución por sustitución del propietario incumplidor. Acuerdo confirmado en alzada por el posterior adoptado en fecha 25 de septiembre de 2015 por el Pleno municipal.

El primero de ellos vino precedido, trae causa, de la Resolución del Gerente de la Gerencia de Urbanismo de 5 de marzo de 2014, por el que se advertía

a la propiedad del plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que pesaba sobre la finca de conformidad con el artículo 3.3 de la Ordenanza a contar desde la recepción de la notificación de dicha resolución, indicando asimismo las consecuencias que de su incumplimiento se derivarían ex artículo 150.1 de la LOUA; siendo la falta de edificación y de la solicitud de licencia las que determinaron la incoación en fecha 2 de enero de 2015 del procedimiento administrativo para la declaración de incumplimiento del deber de edificar la finca y colocación de la misma en situación de venta forzosa para su ejecución por sustitución, procedimiento que culminó con los acuerdos referenciados de marzo y septiembre de 2015.

Si algo resulta indiscutido en este proceso es: que sobre la finca citada constituye un solar libre de edificación en suelo urbano consolidado, calificación de Suburbana (SB) y uso global residencial según PGOU aprobado definitivamente el 19 de julio de 2006 (así consta en el Informe de 30 de abril de 2007 del Jefe de Negociado del Servicio de Planeamiento y Gestión Urbanística de la Gerencia de Urbanismo); que la edificación que sobre ella existía fue demolida pese a no contar con la licencia de demolición que había sido solicitada al efecto (según informe de 29 de enero de 2007 de la Sección Técnica Conservación de la Edificación); y que desde entonces no se ha llevado a cabo, ni iniciado, actuación alguna edificatoria sobre el solar, ni se ha solicitado tampoco a tal fin la preceptiva licencia municipal.

Dándose por tanto en principio las premisas del párrafo segundo del artículo 150.1 LOUA, con las consecuencias que en ella se establecen, el análisis se centra en evaluar la imposibilidad jurídica a que alude la parte apelante para llevar a cabo las obras de edificación que le incumben por disposición legal y que fueron requeridas por parte de la Administración municipal.

La parte apelante alude a diversas vicisitudes relacionadas con la adquisición de la propiedad de la finca y con la inmatriculación a su nombre y otros coherederos del anterior propietario en el Registro de la Propiedad. La realidad es, sin embargo, que salvedad hecha de este último particular (la falta de inmatriculación del inmueble a su nombre), tales circunstancias fueron tenidas en cuenta por la Administración municipal en sus distintas resoluciones, al extremo que su apreciación dio lugar a sucesivas incoaciones de expedientes con el mismo objeto en el que se otorgaban nuevos plazos de seis meses para edificar.

Destacamos en especial, y como posterior al acuerdo de alzada de 28 de octubre de 2011 ya mencionado, que por Resolución de 22 de mayo de 2013 se incoó nuevo procedimiento administrativo con igual objeto ante el

transcurso del plazo sin que la propiedad haya edificado el solar ni solicitado la preceptiva licencia para el cumplimiento de dicho deber. Tras las alegaciones de los interesados se acordó por Resolución de 18 de septiembre de 2013 dejar sin efecto la de mayo anterior y suspender el procedimiento hasta tanto se justificara la resolución que recayera en el procedimiento de división judicial de la herencia que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla, autos número 207/2008-3E, y que afectaba a la finca en cuestión. En fecha 27 de enero de 2014 se formuló requerimiento para que en diez días los interesados acreditaran la resolución de ese procedimiento judicial bajo apercibimiento de que en caso contrario se continuaría con los trámites administrativos oportunos. Mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2014 por D. Carlos Francisco se alegó y documentó el dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Sevilla de Auto declarando justificado el dominio del solar a favor del mismo y de otros 18 coherederos más, no obstante lo cuál el mismo no había sido inscrito registralmente a su nombre por las razones que exponía. Y atendidas en parte esas alegaciones, y la documentación judicial aportada, es por lo que mediante Resolución de 5 de marzo de 2014 se le da a la propiedad, como ya se indicó con anterioridad, otro nuevo plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que pesa sobre la finca de conformidad con el artículo 3.3 de la Ordenanza Reguladora del Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas a contar desde la recepción de la notificación de esa resolución.

Sentado lo anterior, la imposibilidad de edificar la cataloga la parte actora de carácter jurídico por entender que, hasta que tras calificación favorable del Registro de la Propiedad de Sevilla de 11 de septiembre de 2015 se produjo la inmatriculación registral de la finca como independiente a su nombre y al de los demás copropietarios, no tenían el pleno poder de disposición sobre ella.

La respuesta a ese planteamiento pasa por tomar en consideración a quién atribuye la LOUA el deber de edificar cuyo incumplimiento determinó la adopción del acuerdo municipal recurrido; y es en su artículo 148.3 en el que se establece al respecto que "*El derecho y el deber de edificar corresponden a quien sea su propietario o cuente con derecho suficiente para ello, sin perjuicio de su ejercicio y cumplimiento, respectivamente, a través de tercero.*"

Pues bien, como resulta del Auto de 25 de septiembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Sevilla recaído en Expediente de dominio. Reanudación del tracto sucesivo nº 722/2010, el apelante junto a otros dieciocho herederos, adquirieron el 100% del pleno dominio la finca por título de herencia de los causantes D. Augusto y Dña. Casilda según

cuaderno particional aprobado por Auto de 3 de enero de 2009 (aclarado por otro de 29 de enero siguiente) del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla dictado en el procedimiento de división judicial de la herencia número 2007/2008. Razón por la que en virtud de aquel Auto de septiembre de 2013 se declara justificado su dominio sobre la finca, ordenándose la cancelación de la inscripción contradictoria de dominio.

Eran por tanto propietarios de la finca a partir de la adjudicación y división de la herencia y de su aprobación judicial, siendo el objeto del ulterior expediente seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Sevilla que esa adquisición tuviera su correspondiente reflejo en el Registro de la Propiedad pues quienes aparecían en él como propietarios eran personas distintas de aquellas de las que traía causa la transmisión por herencia.

La adquisición por el apelante y los demás herederos de la condición de propietario no derivaba por tanto de la inscripción registral de su derecho, ni precisaba de ella, pues ese dominio ya había sido transmitido. Y es que salvedad hecha de determinadas figuras jurídicas (como es el caso de la hipoteca) "*en nuestro sistema registral la inscripción por principio tiene carácter declarativo y voluntario*" (Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012 dictada en recurso de casación número 2036/1990). Esto es, la transmisión del derecho real se ha producido ya extrarregistralmente, y su inscripción tiene por función su constatación y garantizar su protección erga omnes a través de la publicidad registral.

De ahí que, en aras a hacer efectiva la previsión que se contiene en el artículo 148.3 LOUA no se hace preciso que los propietarios hayan inscrito registralmente su derecho, como pretende la parte apelante, sino que basta para ello con que ostenten esa condición de propietarios; a partir de la cuál gozan de plena disposición sobre la finca de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil.

Es por ello que no son determinantes para esta causa las sucesivas calificaciones negativas del Registro de la Propiedad nº 16 de Sevilla (de fechas 27 de marzo de 2012, 31 de diciembre de 2013, 10 de junio de 2014 y 18 de febrero de 2015) relacionadas con la inscripción de la inclusión de la finca en el RMSEER o del Auto dictado en procedimiento de expediente de dominio número 722/2010 por diferentes motivos (entre ellos la aportación de licencia de segregación o certificación de la Gerencia Municipal de Urbanismo acreditativa de su innecesariedad). Las mismas despliegan sus efectos en el ámbito puramente registral, y no afectan desde luego a la previa

adquisición del dominio de la finca por parte del apelante y los demás copropietarios.

Por lo demás la finca se encontraba ya debidamente descrita e identificada, incluso con los condicionantes urbanísticos que le afectaban desde el mismo momento de su inscripción en el RMSER, debiendo destacarse, al igual que lo hace la Magistrada de instancia, que esa descripción es coincidente con la inscripción de la misma que finalmente se llevó a cabo en el Registro de la Propiedad como finca registral nº NUM004 Y en cuanto a sus propietarios, constan igualmente identificados y reconocidos como tales en los autos judiciales ya referenciados de los Juzgados de Primera Instancia números 14 y 25 de Sevilla, tanto en el expediente de división judicial de herencia como en el de dominio para la reanudación del tracto sucesivo.

Resta por añadir que, como bien resalta la Sentencia de instancia, la obligación de edificar -como parte integrante del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo urbano consolidado- recaerá sobre los solares según lo establecido en el apartado D) en relación con el apartado C).c) del artículo 51.1 de la LOUA; y que según el artículo 148.4 de la misma Ley esa consideración como solar se condiciona a que una parcela de suelo urbano esté dotada de unos servicios o infraestructuras mínimas (acceso rodado por vía urbana pavimentada; suministro de agua potable y energía eléctrica con caudal y potencia suficiente para la edificación, construcción e instalación prevista; evacuación de aguas residuales a la red pública; y que tengan señaladas alineaciones y rasantes, si existiera planeamiento), condicionantes desde luego ajenos a su inscripción registral; siendo así que teniendo la finca sita en la DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 la condición de solar, según indicamos más arriba, recaerá sobre sus propietarios el deber de edificarla.

Alegan asimismo los apelantes que por las razones indicadas no están en disposición legal de solicitar la licencia.

A ello debe responderse que según el artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales las autorizaciones y licencias se entienden otorgadas "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero".

Ello supone, según jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (así, Sentencia de su Sección 5ª de 12 noviembre 2001 dictada en Recurso de Casación núm. 2746/1997) que "*está vedado en los procedimientos administrativos sobre licencias urbanísticas que la resolución administrativa de otorgamiento o denegación se fundamente en cuestiones de propiedad civil, excluyendo el supuesto de que se encuentren afectados bienes de dominio público*".

Esto es, en palabras de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 2ª) en Sentencia de 26 de octubre de 2005 recaída en recurso núm. 5136/2002" *la licencia, en cuanto acto administrativo, se encuentra condicionado en su otorgamiento por las prescripciones de la legislación urbanística y de los Planes, Normas y Ordenanzas, sin que con ocasión de su otorgamiento quepa valorar y considerar derechos de naturaleza civil, con la excepción, cuando una defensa administrativa sea posible, de los pertenecientes al órgano competente para su concesión.*

Los órganos municipales deben abstenerse de entrar a valorar con motivo de las solicitudes de licencia cuestiones de propiedad, por estar éstas reservadas a la Jurisdicción ordinaria. El Ayuntamiento tiene que examinar y ponderar, en cierta medida, la titularidad de la propiedad del solicitante siempre y cuando no exceda los límites de la apariencia jurídica, no entrando en un examen a fondo con objeto de no cometer una injerencia en cuestiones de propiedad cuyo juicio corresponde a los Jueces y Tribunales.

La traducción legal de esta afirmación no es otra que la operatividad de la cláusula "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero" que aparece recogida en el artículo 12.1 RSCL, cuya aplicación no debe entenderse forzada en virtud de la remisión que el artículo 195.2 LOUPMRG hace a la legislación de régimen local en cuanto al procedimiento de otorgamiento de licencias.

Por tanto, las cuestiones de propiedad no son contempladas por el control urbanístico previo que implica la licencia urbanística. Siendo ésta un acto de autorización administrativa simplemente declarativo de derechos preexistentes y de carácter absolutamente reglado, la Administración competente para resolver sobre la misma ha de limitarse a comprobar si el objeto o contenido material de la licencia solicitada se ajusta o no a la normativa urbanística vigente.

Que las licencias se concedan "dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero" significa que el otorgamiento de una licencia urbanística no supone reconocer que el solicitante es propietario del suelo o de la edificación correspondiente.

En consecuencia nada podrá decidirse en la licencia sobre las relaciones dominicales o sobre los problemas civiles que la obra autorizada puede ocasionar. Al Ayuntamiento le basta con una solicitud de licencia para cumplir su deber de concederla siempre que así proceda urbanísticamente. En sentido inverso, para denegar una licencia sólo pueden ser tenidas en cuenta las razones técnico-urbanísticas, siendo indiferentes las cuestiones relativas al derecho de propiedad, y en todo caso se deberá justificar, en clave urbanística exclusivamente, tal resolución denegatoria."

En definitiva, si el otorgamiento de la licencia urbanística (en este caso de obras) no implica que su destinatario ostente la propiedad de los terrenos objeto de la misma, y si para esa concesión no debe comprobar y analizar esa titularidad más allá de la apariencia jurídica, ninguna razón jurídica impeditiva justifica que los propietarios del inmueble al que se refiere esta litis no pudieran solicitar la preceptiva licencia de obras en orden a llevar a efecto el deber de edificar el solar de su titularidad; más cuando -sin perjuicio de la falta de inscripción registral del inmueble a su nombre- esa propiedad quedaba plenamente justificada de acuerdo con las resoluciones judiciales civiles antes referenciadas, no constando que la misma haya sido puesta en cuestión en momento alguno.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación.

Conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede la imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, fija en 600 euros la cantidad máxima a repercutir en concepto de honorarios del Letrado de la Administración demandada, atendiendo a tal efecto a las circunstancias y complejidad del asunto, y a su actividad procesal en esta instancia circunscrita a la formulación del escrito de oposición a la apelación.

(St de veintidós de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla. Ponente Arenas Ibáñez)