

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

XI.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. EXTRANJERÍA

Tablón Edictal de Extranjería. Legalidad y aplicación extensiva

PRIMERO.- La Sentencia apelada, de fecha 28 de enero de 2015 , declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto por D^a Cecilia por considerar que concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 69.e) de la LJCA por haber sido presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido. En su recurso de apelación, la parte apelante entiende que el recurso está presentado dentro de plazo, ya que tras dos intentos fallidos de comunicación postal se acudió de forma improcedente a la comunicación edictal, contrariando el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 que entiende que exige publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y la Administración acudió al Tablón Edictal de Extranjería. También se alega que la publicación edictal no cumple con lo establecido en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992 porque no se indicó en la Resolución los recursos que procedían contra esa Resolución así como el órgano ante el que debía interponerse. Por todo ello considera la parte apelante que la notificación realizada carece de eficacia por ser nula de pleno derecho. En cuanto al fondo del asunto la parte apelante alega que es improcedente la resolución extintiva de la autorización de residencia, por haberse producido la caducidad del expediente. Por su parte, la contestación al recurso de apelación de la parte apelada entiende que debe confirmarse la Sentencia recurrida ya que el recurso se limita a reiterar lo ya resuelto por la Sentencia de instancia. Alega la Abogacía del Estado que en ningún caso se ha producido la caducidad del expediente por el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar, ya que no ha transcurrido ese plazo máximo. Además, según la parte apelada la publicación no exige todos los datos que requiere una notificación conforme al artículo 59 párrafo 5 de

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

la Ley 30/1992 ; finalmente se argumenta que tras la Ley 15/2014 se ha simplificado la tramitación de los procedimientos administrativos y el régimen jurídico de las notificaciones con la implantación de un tablón edictal único a través del BOE, por lo que no era necesaria la publicación en el Boletín oficial de la provincia. SEGUNDO.- Del expediente administrativo y del recurso, ha quedado acreditado que la Resolución de 18 de junio de 2013, objeto de impugnación en el proceso, se intentó notificar el día 1 de julio de 2013 en el domicilio designado por la interesada D^a Cecilia , y que al estar ausente se intentó una nueva notificación en hora distinta el día 2 de julio de 2013 (folio 76 del expediente), en la que también resultó ausente la interesada. Ante la imposibilidad de notificación la Administración procedió a notificar la resolución en el Tablón Edictal de Extranjería. Esta notificación en el Tablón Edictal de Extranjería no se considera contraria al ordenamiento jurídico, sino perfectamente válida, ya que está prevista esta posibilidad en una norma, en concreto en el Real Decreto 557/2011, que desarrolla las previsiones de la Ley Orgánica 4/2000. La propia Ley 30/1992 permite en su artículo 59 la publicación en edictos, sin que sea necesaria siempre y en todo caso la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia o en otros boletines oficiales, si bien sólo se hace referencia al tablón de edictos del Ayuntamiento, cabe interpretar que es posible también acudir a otros tablonos edictales, como en este caso el de extranjería. Por lo demás, tampoco se vulnera norma alguna por el hecho de que la publicación edictal no contenga toda la información que se exige para la notificación administrativa, ya que lo importante es que se contengan los datos esenciales del acto que se notifica, posibilidad expresamente prevista en el artículo 61 de la Ley 30/1992 así como en la DA 5^a del RD 557/2011 , y desarrollada en la Orden de 15 de noviembre de 2011. Por tanto, la actuación de la Administración fue conforme a Derecho cuando tras dos intentos de notificación en horas distintas se procedió a la publicación edictal, por lo que el recurso que fue presentado en el Juzgado el día 17 de enero de 2014 está fuera de plazo, y la Sentencia apelada es conforme a Derecho cuando inadmite el recurso por estar fuera de plazo, conforme al artículo 69.e) de la LJCA. No procede entrar a conocer del fondo del asunto, ya que al estar el recurso inicial presentado fuera de plazo, no se debe entrar a conocer del fondo del asunto.

(St de veintiocho de marzo de dos mil dieciséis. Ponente. Luis Ángel Gollonet Teruel)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Silencio administrativo. Obligación de certificar actos presuntos. El doble silencio negativo es positivo.

PRIMERO: La Sentencia apelada de fecha 30 de septiembre de 2014 declara la inadmisibilidad del recurso al tener por objeto una actividad administrativa no susceptible de impugnación, en aplicación del artículo 69.c de la LJCA. Razona la Sentencia apelada que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de mayo de 2013 se notificó a D. Epifanio el día 23 de mayo de 2013, y que el recurso contencioso contra ese acto se interpuso el día 29 de julio de 2013, por lo que ese acto no era susceptible de recurso contencioso. En su recurso de apelación D. Epifanio solicita la revocación de la Sentencia al entender que no concurre la causa de inadmisibilidad apreciada por la Sentencia, ya que cuando se dicta la Resolución de 13 de mayo de 2013 ya se han producido los efectos del silencio positivo, por lo que la Administración debió únicamente expedir los certificados oportunos. Por su parte, la contestación al recurso de apelación del Ayuntamiento de Roquetas de Mar entiende que debe confirmarse la Sentencia y desestimarse el recurso de apelación por “estar falto de una mínima crítica a la sentencia y lo que es más preocupante huérfano de razones jurídicas que puedan llevar a su estimación”. Argumenta la parte apelada que la resolución de 13 de mayo de 2013 fue notificada el día 23 de mayo de 2013 y que el recurso se interpuso transcurrido el plazo de 2 meses a que se refiere el artículo 46 de la LJCA, por lo que está interpuesto fuera de plazo. También se alega que concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 69.c), y que en cualquier caso el silencio administrativo frente a las peticiones del apelante era negativo y no positivo. SEGUNDO.- Para una mayor claridad en la resolución de esta apelación hay que tener en cuenta que el recurso contencioso administrativo planteado en la instancia se dirigía contra la no expedición de certificado acreditativo del silencio administrativo estimatorio de las solicitudes de Ayuda Económica Familiar presentadas los días 22 de junio de 2012, 11 de octubre de 2012 y 19 de octubre de 2012, solicitudes que habían sido desestimadas presuntamente y frente a cuya desestimación se había interpuesto recurso de alzada el día 29 de enero de 2013. Con posterioridad a esas solicitudes por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar se dictó resolución expresa de 13 de mayo de 2013, en las que se desestimaban expresamente esas solicitudes, lo que se notificó el día 23 de mayo de 2013. En este caso concreto, la falta de respuesta a la solicitud inicial dio lugar a que se produjese el silencio negativo, desestimatorio de lo solicitado, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 30/1992. Y al recurrirse en alzada contra

esa desestimación presunta, y no haberse resuelto por la Administración en plazo, se produjo el silencio positivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.1 segundo párrafo *in fine*, lo que se produjo el día del vencimiento del plazo para resolver ese recurso. Por tanto no opera la causa de inadmisibilidad a que se refiere la Sentencia apelada, que debe ser revocada, lo que obliga, a su vez, a entrar en el fondo del asunto, de acuerdo con el artículo 85.10 de la LJCA. Y no concurre esa causa de inadmisibilidad porque el recurso se interpuso porque no se resolvió en plazo una solicitud (la de 22 de junio de 2012 y las posteriores de octubre de 2012) y tampoco se resolvió en plazo el recurso de alzada de enero de 2013, que fue resuelto de forma extemporánea en mayo de 2013, por lo que cuando se dicta la resolución administrativa de mayo de 2013 ya se había producido un acto administrativo positivo. **TERCERO.-** La cuestión que se somete a debate en el presente recurso es la relativa a si opera aquí el silencio positivo por no haberse resuelto en plazo el recurso de alzada formulado frente a la anterior desestimación presunta, de acuerdo con el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 que establece que: “ En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario. Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución , aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo”. Es lo que se conoce en Derecho Administrativo general como “el doble silencio administrativo”, en el que se produce un efecto estimatorio final respecto de la petición ejercitada por el ciudadano, y que opera de la siguiente forma: se realiza una petición por un ciudadano a la Administración, y esta petición no obtiene respuesta en plazo, por lo que se entiende denegada esta solicitud de forma presunta por silencio administrativo (primer silencio negativo); si posteriormente se interpone recurso de alzada frente a esa desestimación presunta de la solicitud inicial, y ese recurso de alzada no

es resuelto en el plazo de tres meses, previsto en el artículo 115.2 de la Ley 30/1992, el recurso deberá entenderse estimado conforme al citado artículo 43.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992, existiendo un acto administrativo positivo (lo que se llama “doble silencio”, que se debe considerar positivo). De esta forma, con carácter general, encontrándonos ante un supuesto de acto administrativo producido por silencio positivo, tal acto ha de entenderse ordinariamente como válido y producir los efectos que le son propios, siendo solo atacable únicamente por las vías de revisión de oficio o impugnación previa declaración de lesividad previstas en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992. Consecuentemente, resulta de aplicación el artículo 115.2 en relación con el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y, por lo tanto, la solicitud presentada por D. Epifanio el día 22 de junio de 2012, debe entenderse estimada por silencio administrativo positivo, ya que esta solicitud se entendió desestimada transcurrido el plazo máximo para su resolución y el recurso de alzada contra dicha desestimación presunta no se resolvió en plazo. No sucede lo mismo con las solicitudes de 11 y 22 de octubre de 2012 por las razones que se exponen en el siguiente fundamento de derecho. Dice el artículo 115.2, a propósito del plazo que tiene la Administración para resolver un recurso de alzada que “El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el art. 43.2, segundo párrafo” (que es el artículo 43.1 párrafo segundo tras la Ley 25/2009). Por lo tanto, la regla general es que el transcurso del plazo de tres meses sin que se haya dictado y notificado la resolución que resuelva el recurso de alzada supone que el recurso deba entenderse desestimado, esto es, el silencio en el recurso de alzada es negativo. Dicha regla general conoce, sin embargo, una excepción, que es lo que se denomina el doble silencio, esto es, que la alzada se interponga frente a un anterior acto presunto desestimatorio de la pretensión deducida, ya que en este caso este segundo silencio debe entenderse que es positivo y supone por ello la estimación de la solicitud. Y esto es lo que ha sucedido en este proceso respecto de la solicitud de 22 de junio de 2012, en la que se ha producido lo que se denomina el doble silencio administrativo, lo que obliga a estimar el recurso interpuesto en relación con esta solicitud. La estimación del recurso supone que, tras la desestimación presunta del recurso de alzada de 29 de enero de 2013, se produjo el silencio administrativo positivo y por tanto se debió expedir el certificado solicitado, acreditativo de ese silencio positivo producido, lo que supone que se debe acordar expedir a favor D. Epifanio la Ayuda Económica Familiar y la Ayuda de Emergencia Social tal y como se había solicitado en el suplico del recurso de alzada que se debe entender estimado por silencio positivo. CUARTO.- En

cuanto a las solicitudes de 11 y 22 de octubre de 2012, procede su desestimación ya que esta excepción del artículo 43 de la Ley 30/1992 del “doble silencio”, que es a la que se acoge el actor, no opera en todos los casos en que la alzada se interpone frente a un acto obtenido por silencio administrativo negativo, ya que el indicado artículo 115.2 acota los casos en los que el mismo es de aplicación y estos no son otros que los recogidos en el marco del artículo 43.2, segundo párrafo, hoy día 43.1 tras la Ley 25/2009. Respecto de esas solicitudes sería de aplicación el artículo 62.f de la Ley 30/1992 por el que son nulos de pleno derecho los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, y conforme al artículo 62 de la misma norma, apartado b, ya que no es competencia del Ayuntamiento (sino de la Comunidad Autónoma) el objeto de esas dos solicitudes, relativas a préstamos de libros. Y es que no puede desconocerse que existen casos auténticamente extremos en los que lo obtenido por silencio administrativo positivo sería nulo de pleno derecho, de una forma patente y manifiesta de forma tal que en esos casos se puede acudir a la doctrina tradicional -aplicable sobre todo en el ámbito urbanístico, concretamente en materia de licencias- de que el silencio positivo no puede servir de cauce para la obtención de derechos contrarios al ordenamiento jurídico. En este sentido podemos traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007, rec. 5184/2003, que expresa: “En todo caso, y a mayor abundamiento, el silencio administrativo no podría considerarse obtenido, ya que el mismo precepto que la recurrente considera infringido -esto es, el artículo 1 del Real Decreto Ley 1/1986, de 14 de marzo - condiciona la procedencia del mismo no solo al transcurso de dos meses desde la solicitud sin obtención de respuesta expresa, sino también a que la peticiones se encuentren debidamente documentadas “y estas se ajusten al Ordenamiento jurídico”. La sentencia citada, aplicable a un supuesto de hecho ya posterior a la vigencia de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, viene a reproducir la doctrina clásica sobre los efectos del silencio administrativo y permite templar el rigor en la aplicación de la norma sobre dicho silencio administrativo positivo por el mero transcurso del plazo establecido para resolver. Entendemos que cabe extender esa doctrina a este caso para las solicitudes de 11 y 22 de octubre de 2012, ya que hay flagrancia en la vulneración del ordenamiento jurídico, como se ha apreciado en otros casos semejantes por la jurisprudencia, por ejemplo la STSJ de Castilla y León (sede de Valladolid) de 17 de junio de 2.008, recaída en el recurso 2405/2004, en el que se trataba de un supuesto de falta de cobertura presupuestaria o en la sentencia de la misma Sala de 22 de octubre de 2008, recurso número 131/2005, en el que se entendía que el silencio administrativo no

permitía amparar situaciones en que se hubiera carecido de los mínimos requisitos para obtener un reconocimiento de servicios prestados en el ámbito de la Administración Pública careciendo de los mínimos requisitos para ello. Atendiendo a tales consideraciones generales, puede entenderse que en este caso las solicitudes de octubre de 2012 dan lugar a una nulidad de pleno derecho de carácter radical, como una circunstancia que hace cambiar el sentido del silencio en fundamento a la doctrina ahora referida, pues no tiene competencia el Ayuntamiento de Roquetas para ese tipo de préstamos de libros solicitado y, además, no se reúnen los requisitos legales para ello. Por todo ello, debe entenderse que el recurrente tiene derecho a la concesión de la solicitud de 22 de junio de 2012 de Ayuda Económica Familiar y Ayuda de Emergencia Social, por operatividad del silencio positivo administrativo, pero no se produce el silencio positivo respecto de las solicitudes de octubre de 2012. Sin perjuicio de que se pueda iniciar, en su caso, por la Administración, la revisión de oficio prevista en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, cuestión que es en todo caso ajena a este procedimiento. QUINTO.- Finalmente, el hecho de que se dictase el día 13 de mayo de 2013 resolución expresa frente a la solicitud D. Epifanio de 22 de junio de 2012, no altera las anteriores conclusiones, ya que la resolución expresa fue denegatoria, pero los efectos del silencio administrativo positivo ya se habían producido, y conforme al artículo 43.2 ya se había terminado el procedimiento, por lo que la resolución expresa tardía es irrelevante, y no era necesario recurrirla de forma autónoma ya que la Administración nunca debió haber dictado esa resolución, pues ya se habían producido los efectos del silencio administrativo positivo, y conforme al artículo 43.3 la resolución expresa en los casos de silencio positivo sólo podrá ser confirmatoria del silencio positivo. La Administración debió expedir el certificado solicitado, y no dictar una resolución (la de 13 de mayo de 2013) que estaba expresamente prohibida por el artículo 43 de la Ley 30/1992. Postula el Ayuntamiento apelado, al igual que la Sentencia apelada, que al no haberse recurrido la resolución expresa de 13 de mayo de 2013 hay un acto firme y consentido, pero aceptar ese planteamiento supondría una infracción de la Ley 30/1992, en lo establecido en sus artículos 42 y 43. Además, supondría una interpretación contraria al principio *pro actione*, al derecho a la tutela judicial sin indefensión y a las más elementales garantías del ciudadano, pues supondría que la Administración podría beneficiarse de su propio incumplimiento, ya que se impediría o dificultaría la posibilidad de que se produzcan los efectos del silencio ante la desidia o dejadez administrativa cuando no resuelve en plazo como está obligada según el artículo 42, y supondría en definitiva que primase la resolución extemporánea frente a los efectos del silencio, algo inadmisibles sobre todo cuando la resolución expresa

sólo podía confirmar los efectos del silencio positivo que ya había operado y tenía expresamente prohibido otro contenido.

(St de 31 de marzo de 2016. Sala de Granada. Ponente: LUIS ANGEL GOLLONET TERUEL)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Suelo Urbano no consolidado en Normas Subsidiarias de planeamiento y Proyectos de Delimitación de Suelo. Silencio negativo. Necesidad de Proyecto de Urbanización para segregación.

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo es el acuerdo de 20-4-10 del Ayuntamiento de el Valle por el que se desestimó la solicitud formulada por el recurrente referida a certificación acreditativa del silencio positivo en orden a licencia de segregación, además de contra las NNSS del referido ayuntamiento. SEGUNDO.- La parte recurrente, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones: 1.- El 12-2-2003 se aprobó la revisión de las NNSS del ayuntamiento de El Valle, sin que se hubiera notificado al recurrente la modificación de dicho instrumento, desconociendo la clasificación de urbano no consolidado que se le adjudicó a los terrenos de su propiedad. Conoce de tal clasificación cuando se le desestima la solicitud de licencia de segregación. Por ello, la disposición contenida en las NNSS es anulable al causarle indefensión. 2.- La delimitación de suelo urbano no consolidado es nula, ex art. 62 Ley 30/92, por tener un contenido imposible. El cambio de calificación del terreno del recurrente en la citada norma obedece a una errónea creencia del ente local de que el mismo se encuentra en la situación descrita en el punto 2. B).a).1 por no comprender la urbanización existente todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicas precisas, o unos u otras no tengan la proporción o las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir. Pero no puede procederse a la ejecución de urbanización alguna en dichos terrenos conforme lo establecido en la NNSS, porque el terreno se haya totalmente urbanizado, no tratándose de suelo urbano no consolidado, sino de suelo urbano consolidado, teniendo la consideración de solar de conformidad con el expediente de revisión de planteamiento general aprobado. Además, los propietarios de la finca presentan proyecto de urbanización al ente local para legalizar las obras realizadas, comprometiéndose el ayunta-

miento a dejar sin efecto la UA nº 1 de Restábal y a la urbanización del entorno de la finca incluido el alumbrado público de la calle de nueva apertura. Con ello, se tuvieron por legalizadas las obras, existiendo una certificación acreditativa expedida por la Secretaria-interventora del ente local en que quedaba excluida la finca de la Ordenanza de Huertas en función del estado de consolidación del correspondiente proyecto de urbanización. El 28-12-2004 se le requiere por el ayuntamiento para que complete las obras de urbanización, así como obras de conservación necesarias por el tiempo transcurrido en la calle Virgen del Rosario, que se ejecutan a cargo del recurrente. Por todo ello, se constata que la urbanización que se pretende se encuentra ya efectuada en la parte que al recurrente le corresponde. 3.- Es nulo el acuerdo de 10-8-2009 que denegó las segregaciones solicitadas, ya que opera el silencio administrativo positivo, desconociendo la norma jurídica en la que se basa la denegación por silencio, siendo nula tal denegación por aplicar una norma subsidiaria nula. La parte recurrente interesa la estimación del recurso contencioso administrativo, anulando el acuerdo por el que se desestima la solicitud de silencio positivo y las NNSS que califican la finca como suelo urbano no consolidado, declarando procedente la concesión de licencias de segregación solicitadas y declarando el carácter de suelo urbano consolidado de la finca denominada. TERCERO.- La parte demandada aboga por la desestimación del recurso contencioso administrativo, considerando que no puede adquirir por silencio administrativo una facultad que es contraria a la ordenación territorial urbanística, como deriva de los arts. 242.6 TR Ley del Suelo de 1992 y su correlativo art. 8.1 b) TR Ley del Suelo de 2008 y con carácter general del art. 43.2 de la Ley 30/92. Se entiende por la Administración demandada que es de aplicación del art. 68 LOUA que establece que “no se podrán efectuar parcelaciones urbanísticas en suelo urbano y urbanizable mientras no se haya producido la entrada en vigor de la ordenación pormenorizada establecida por el instrumento de planeamiento idóneo según la clase de suelo de que se trate”. Para ello, siendo el suelo urbano no consolidado debe aprobarse nuevo Estudio de detalle y proyecto de reparcelación para formalizar la cesión de 97,20 m² para ensanche de la plaza y de los terrenos necesarios para materializar la cesión del 10% del aprovechamiento urbanístico de los 1.125 m² de los terrenos incluidos en el suelo urbano no consolidado. Y considera que no puede valorarse la petición de que se considere el suelo como urbano consolidado porque no se esgrimió esta pretensión en vía administrativa y no es posible atendiendo a la delimitación de suelo urbano consolidado del municipio, sin que puedan anularse las NNSS del mismo al ser una petición extemporánea para la que el ente local no tiene legitimación pasiva. CUARTO.- La configuración del silencio como positivo, tal como pretende la

parte actora, respecto de la petición no resuelta en plazo para la reparcelación instada, exigiría determinar que la misma no es contraria al ordenamiento jurídico, dado que de contrario, el sentido del silencio sería negativo, por aplicación del todavía 3 vigente art. 46 Ley 30/92 , que establece que no pueden adquirirse facultades contrarias al ordenamiento jurídico y normas correlativas del ordenamiento urbanístico. Así no opera el silencio administrativo positivo, destacando el criterio ya expuesto en anterior sentencia de esta Sala de fecha de 8-4-13 , que exponía: “La sentencia de instancia desestimó motivadamente este motivo, debiendo la Sala acusar la improcedencia de tal planteamiento, pues, habiéndose determinado la contravención de la pretendida instalación las aludidas normas del PGOU de Granada referidas en el precitado informe técnico municipal, es manifiesto que el sentido del silencio es negativo, siendo menester recordar la doctrina sentada por la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 28 de enero de 2009 , dictada en el recurso de casación en interés de la ley número 45/2007 (ponente, Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate; Ref. EDJ 2009/15183), en cuyo fallo se declara lo siguiente: “Que, con estimación del recurso de casación en interés de la ley sostenido por el Procurador D. J.I., en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003 , debemos declarar y declaramos, sin afectar a la situación jurídica particular derivada de dicha sentencia, como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas”. Anteriormente, la sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 28 de junio de 2004 (recurso de casación 573/2000 ; ponente, Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres; Ref. EDJ 2004/83008), en el último inciso del último párrafo del fundamento jurídico tercero dejó dicho lo siguiente: “Hemos de señalar que, de todas formas, la teoría del silencio positivo no implica de ningún modo que su

consecuencia permanente, aún en el caso de que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos, sea la de reconocer incólume y sin objeción alguna la petición formulada por el administrado, sino que además ha de constar el requisito sustancial de que el contenido de la petición sea acorde con el ordenamiento, de forma que de ningún modo cabe obtener por vía de silencio lo que no fuese pertinente con arreglo a derecho”. QUINTO.- Con las referidas consideraciones ha de determinarse si el suelo cuya parcelación se pretende tiene la consideración de suelo urbano consolidado o no, pues de no serlo se requeriría para su segregación un proyecto de reparcelación para materializar las cesiones del 10% del aprovechamiento urbanístico, como se delimita en el informe técnico emitido con fecha de 29-9-09, obrante a los folios 27 y ss del expediente. La parte recurrente obsta a tal planteamiento las cesiones derivadas del acuerdo obrante al folio 14 del expediente administrativo celebrado el 13-4-92 y posteriormente modificado por acuerdo de 18-10-93 obrante al folio 15 del expediente, de los que deriva que los propietarios del solar (Dña. Reyes y D. Maximiliano) se comprometen a ceder al ayuntamiento del El Valle 50 cms en toda la longitud de la calle Iglesia con una extensión de 27,20 m2 y el ente local se compromete a ceder a los propietarios, a efectos de edificación, la franja de terreno en esquina existente en la puerta de la Iglesia con una superficie de 27,2 m2. Sin embargo, de este acuerdo, cuya cumplimentación no existe prueba alguna, no se deriva ni que el solar en cuestión tenga la consideración de suelo urbano consolidado ni que se hayan efectuado las cesiones legalmente establecidas, pues las cesiones referidas en el acuerdo mencionado entrañan más bien una permuta de superficies iguales sin que se haya cedido realmente superficie alguna de forma gratuita al ente local en cumplimiento de obligaciones urbanísticas. Atendiendo a la normativa aplicable, resulta de la propia dicción literal de la Disposición Transitoria Primera de la LOUA 7/2002 que: “Clasificación del suelo a los efectos de su régimen urbanístico: Tendrá la consideración de suelo urbano consolidado el que cumpla con las condiciones indicadas en el artículo 45.2.A de esta Ley cuando el municipio disponga de Plan General de Ordenación Urbana, Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal o Delimitación de Suelo Urbano y cuente con ordenación pormenorizada que permita la edificación y no requiera la delimitación de unidades de ejecución. El resto del suelo clasificado como urbano a la entrada en vigor de esta Ley tendrá la consideración de suelo urbano no consolidado. Sin perjuicio de la aplicación directa de lo dispuesto en el párrafo anterior, el municipio podrá redactar una delimitación del suelo urbano consolidado que, tras el trámite de información pública por el plazo de veinte días, le corresponderá aprobar. El acuerdo de aprobación será publicado en el Boletín Oficial de la Provincia y comunicado

a la Consejería competente en materia de urbanismo, junto con un ejemplar del documento.” A su vez el art 45.2 de la LOUA señala que: “En esta clase de suelo (suelo urbano), el Plan General de Ordenación Urbanística, o en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, establecerá las siguientes categorías: A) Suelo urbano consolidado, integrado por los terrenos a que se refiere el apartado anterior cuando estén urbanizados o tengan la condición de solares y no deban quedar comprendidos en el apartado siguiente. B) Suelo urbano no consolidado, que comprende los terrenos que adscriba a esta clase de suelo por precisar una actuación de transformación urbanística debida a alguna de las siguientes circunstancias: a) Constituir vacíos relevantes que permitan la delimitación de sectores de suelo que carezcan de los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos y requieran de una actuación de renovación urbana que comporte una nueva urbanización conectada funcionalmente a la red de los servicios e infraestructuras existentes. b) Estar sujeta a una actuación de reforma interior por no contar la urbanización existente con todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos en la proporción y con las características adecuadas para servir a la edificación existente o que se vaya a construir en ellos, ya sea por precisar la urbanización de la mejora o rehabilitación, o bien de su renovación por devenir insuficiente como consecuencia del cambio de uso o edificabilidad global asignado por el planeamiento. c) Precisar de un incremento o mejora de dotaciones, así como en su caso de los servicios públicos y de urbanización existentes, por causa de un incremento del aprovechamiento objetivo derivado de un aumento de edificabilidad, densidad o de cambio de uso que el instrumento de planeamiento atribuya o reconozca en parcelas integradas en áreas homogéneas respecto al aprovechamiento preexistente. Y en este punto, ha de precisar que no nos encontramos ante la delimitación de suelo urbano a que se hace referencia por la DT Séptima de la LOUA, por ser esta de aplicación solo en aquellos municipios que a la entrada en vigor de esta normativa no cuenten con planeamiento general, supuesto en el cual ante la inexistencia de tal planeamiento general se admite una cierta capacidad ordenadora en tales instrumentos como la determinación de las alineaciones de viario y las previsiones necesarias para corregir sus deficiencias o insuficiencias. EL proyecto de delimitación de suelo urbano a realizar al amparo de la disposición transitoria primera tiene un objeto mas restringido que el que se puede realizar al amparo de la DT séptima tal y como se pone de manifiesto con la lectura de tales disposiciones transitorias. Y con estas consideraciones previas, ha de valorarse el informe técnico emitido por el arquitecto D. Leoncio con fecha de 9-2-2011 que establece que los terrenos propiedad de D. Maximiliano , que presentan fachada a la iglesia, a la CALLE 0 y a la CALLE 1 (finca denominada DI-

RECCION000) quedan incluidos en el ámbito correspondiente al suelo urbano no consolidado por destinarse una parte de los terrenos de dicha finca para ensanche de la plaza de la iglesia, carecer los mismos de urbanización consolidada y precisar la urbanización existente de actuaciones de renovación y mejora, en aplicación del art. 45.2 B) a) 1 y 2 de la LOUA. Así deriva del proyecto de delimitación del suelo urbano consolidado del municipio de El Valle aprobado definitivamente el 5-11-04 y publicado en el BOP el 17-5-05. Además, el proyecto de delimitación del suelo urbano lo califica de no consolidado, siendo una constatación fáctica del suelo para determinar su régimen urbanístico, sin la intervención de ningún elemento volitivo o de oportunidad. De esta manera se pone de manifiesto la improcedencia de considerar el suelo propiedad del actor como urbano consolidado al resultar necesarias actuaciones tendentes a completar la urbanización de los suelos así como resultar parte de los mismos destinados a espacios libres públicos, elementos de juicio no desvirtuados por la recurrente y que deben determinar así la consideración del suelo como urbano no consolidado a la luz de los arts 45 y disposición transitoria primera de la LOUA, puesto que la necesidad puesta de manifiesto de completar la urbanización revela bien que se carece de todos los servicios necesarios o bien que los mismos 5 precisan de renovación o mejora, determinado cualquiera de tales circunstancias la clasificación de los suelos como urbanos no consolidados.

(St de 31 de marzo de 2016. Sala de Granada. Ponente Sra. Dña. M^a Luisa Martín Morales)

XV. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Fijación de la cuantía por referencia a informe aportado por la parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, de fecha 31 de marzo de 2014 , declara conforme a Derecho las resoluciones administrativas impugnadas y desestima la demanda formulada.

Constituye un prius lógico la decisión sobre la admisibilidad del recurso de apelación, cuestión que es de orden público y de Derecho necesario; y, por ende, indisponible para las partes y para el propio órgano jurisdiccional.

Actos administrativos como el impugnado tienen contenido económico; y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la fijación de la cuantía del procedimiento puede ser efectuada en cualquier momento, incluso de oficio, por el órgano jurisdiccional, ya que se trata de una materia de orden público, máxime cuando determina la procedencia o improcedencia del recurso de apelación, pues es claro que no puede dejarse al arbitrio de quien pretende el acceso a la apelación alterar el régimen de recursos establecidos en la Ley porque, sin el minucioso control del Juzgador en la instancia y de la Sala, al decidir sobre la admisión del recurso o como cuestión previa al examen del fondo de la apelación quedarían sin aplicación las reglas de excepción que establece el artículo 81.1 a) de la Ley Jurisdiccional, a cuyo tenor, “las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes: a) Aquellos cuya cuantía no exceda de dieciocho mil euros”, y de los 30.000 euros desde la reforma operada por Ley 37/2011.

Ni la consignación de una cifra superior a esta cantidad en el auto o decreto por el que se fija la cuantía o la determinación de la cuantía como de indeterminada o, en fin, la mención de la posibilidad de apelación en la sentencia vinculan a la Sala en modo alguno, la que, en el caso de error, tiene que depurar ese presupuesto procesal del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Pues bien, en el caso enjuiciado, por el Juzgado, a través de decreto del Secretario de fecha 9 de septiembre de 2013 se fijó la cuantía del recurso de la instancia en indeterminada (folio 94).

Sin embargo, en el folio 111 del proceso obra comparecencia de la perito judicial D- Flor , que fue designada por insaculación, y en esa comparecencia se señala que el objeto de su informe pericial es “la valoración del terreno usurpado y de los daños causados en la propiedad del demandante y en el cultivo a consecuencia de los movimientos de tierras y filtraciones de aguas por no tener el muro de contención, y por el vertido de escombros procedentes de las obras municipales realizadas para la pavimentación de la calle y creación de una explanada”.

El día 26 de noviembre de 2013 la perito giró visita a la localidad de Alfomón, anejo de Sorvilán, y en los folios 112 a 118 consta su informe pericial. En ese informe pericial se manifiesta que “según la información catastral y lo observado en el terreno en el caso de este solar no existe usurpación de propiedad” en referencia a una parte de la finca del actor, y en referencia a la otra parte de la finca señala que “la valoración de los daños se considera que sería la pérdida de superficie en la parte superior de la finca, daños en los olivos” y valora el total de los daños en 5.342 euros, IVA no incluido.

Por tanto la valoración total de los daños de la perito judicial es de 5.342 euros, cifra muy inferior a los 30.000 euros que se exigen para poder recurrir en apelación, de acuerdo con el artículo 81 de la LJCA.

Resulta de aplicación lo que dispone el artículo 41.1 de la Ley Jurisdiccional, según el que “la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo”, en relación con el artículo 42.1 del mismo cuerpo legal.

De este modo, el valor económico del recurso, que es de 5.342 euros no supera la cantidad de 18.000,00 € de acuerdo con el artículo 81.1.a) de la LJCA en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ni los 30.000 euros de acuerdo con la redacción dada por la Ley 37/2011, por lo que procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso de apelación, ya que la valoración de la pretensión del apelante es de 5.342 euros.

(St de 31 de marzo de 2016. Sala de Granada ponente Luis Ángel Gollonet Teruel)

XXII URBANISMO Y VIVIENDA.

Vivienda protegida. Plan de Vivienda y actos de ejecución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso administrativo la Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, de fecha 23 de noviembre de 2010, que desestima el recurso de alzada interpuesto por los hoy actores contra la denegación por silencio administrativo de la solicitud del derecho a la obtención de subvenciones autonómicas a adquirentes/ adjudicatarios de vivienda protegida, perteneciente al Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, con respecto a la vivienda de protección oficial, sita en Granada,

SEGUNDO.- Es menester principiar por el examen de la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración Autonómica demandada, pues su prosperabilidad vedaría el enjuiciamiento de fondo de las cuestiones planteadas. Con sustento en el artículo 69 c), en relación con el artículo 28, ambos de la Ley de nuestra Jurisdicción, la parte demandada expone que la solicitud de ayudas para esta promoción de viviendas, dentro del Plan de Vivienda 2002-2007, se presentó el 17 de noviembre de 2006 (folio 19 del expediente administrativo), siendo resuelta por resolución firme de 20 de noviembre de 2008 (folios 46 y 47 del expediente administrativo). Questionar ahora esta

resolución (que se reproduce en la que pretende ser objeto de este recurso, de acuerdo con el escrito de interposición, proveído por el Juzgado número 2 de Granada el 2 de febrero de 2011), continúa el Letrado de la Administración, se opone al contenido de los precitados preceptos de la Ley Jurisdiccional. A ello no obsta, concluye dicho defensor, que esta cuestión no haya sido tratada en la Resolución de 23 de noviembre de 2010, pues ésta parece responder a un escrito que se dice presentado el 5 de agosto de 2005 como recurso de alzada frente a una resolución desestimatoria por silencio de una solicitud presentada el 2 de febrero de 2009 (forzando un nuevo acto), cuando ya había transcurrido la vigencia del Plan de Viviendas 2003-2007. Según reiterada doctrina jurisprudencial, la naturaleza jurídico-procedimental de los actos administrativos, a efectos de su impugnabilidad, viene determinada, para que hayan de entenderse como reproducción o confirmación de otros anteriores, definitivos y firmes por consentidos, no por la semejanza de argumentaciones o criterios vertidos en la elaboración de aquéllos por el órgano administrativo, sino que el concepto y límites del acto confirmatorio se predica, con carácter general, por la falta de novedad y por constituir una repetición o reiteración del acto confirmado, así como una reiteración en su motivación jurídica, siendo el último acto impugnado por falta de contenido el que aclare, interprete o disponga la ejecución de otro anterior consentido, sin hacer nuevas declaraciones de derechos ni ampliar de modo sustancial aquellas que ganaron firmeza (sentencias de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1997 y 26 de enero de 1998 , entre otras). Tiene también manifestado la jurisprudencia que es preciso que el contexto de ambas resoluciones sea idéntico, que ambas se hayan dictado en presencia de los mismos hechos y en fuerza de iguales argumentos, que la segunda decisión recaiga sobre pretensiones resueltas de un modo ejecutivo por la resolución anterior y en el propio expediente, con relación a idénticos interesados y, finalmente, que en la última no se amplíe la primera, con afirmaciones esenciales, ni por distintos fundamentos (sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998), es decir, que entre las dos resoluciones exista 3 sustancial identidad (sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Alto Tribunal de 16 de julio de 2001). La finalidad de la impugnabilidad de las mencionadas resoluciones que son reproducción de otras anteriores consentidas y firmes es que permanezcan inalteradas situaciones consolidadas, evitando que el administrado impugne actos a los que ha dejado ganar firmeza por no haber interpuesto los correspondientes recursos (sentencias de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1997 y de su Sección Cuarta de 16 de julio de 2001 , precitadas). Pues bien, la Sala, con cotejo de las dos

resoluciones cuya reproducción en la segunda de ellas se afirma por la Administración demandada, ha de rechazar la causa de inadmisibilidad, ya que, aunque la subvención otorgada por resolución de 20 de noviembre de 2008 y la resolutoria del recurso de alzada traigan causa del mismo contrato y se refieran a la misma vivienda, sin embargo, no existe identidad desde el punto y hora en que lo denegado por silencio por la Administración, y luego confirmado por la resolución en vía de recurso administrativo de alzada, tenía que ver con el porcentaje del 3 % previsto en el artículo 141.2 del Texto Integrado del Decreto 149/2003, de 10 de junio, destinado al abono del IVA, cuantificado en 2.577,24 €, mientras que la que alcanzó firmeza, de 20 de noviembre de 2008, se refería a la ayuda directa consistente en el derecho a la obtención de un préstamo convenido para la adquisición de la susodicha vivienda, determinado por la Administración en la suma de 10.300 €.

(St de uno de marzo de dos mil dieciséis. Sala de Granada Ponente LUIS ÁNGEL GOLLONET TERUEL)

XVIII PERSONAL MILITARES.

Baja en Curso de Mando de Unidades de Operaciones Especiales

PRIMERO.- El recurso se interpone contra resolución del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra (MADOC), de 5 de junio de 2009, por el que se desestima el recurso de alzada formulado frente a la resolución 551/04196/09, de 17 de marzo, del General Director de Enseñanza del MADOC. Esta última acordó la baja de D. Salvador en el LIII Curso de Mando de Unidades de Operaciones Especiales en el que estaba participando. La baja se justificaba por aplicación del apartado Diez de la Convocatoria del Curso (Resolución 551/08888/08) que establecía que “ Los concurrentes del concurso podrán causar baja por los motivos siguientes:...10.5 Demostrar de forma fehaciente, falta de condiciones o aptitudes para el Mando de Unidades de Operaciones Especiales “. En cuanto a los hechos que dieron lugar a la aplicación de esta previsión, y según se expone en la resolución recurrida, tuvieron lugar el día 24 de febrero de 2009, durante el desarrollo de la Fase de Instrucción Técnica de Combate; en concreto, mientras que se realizaban unas prácticas de paso de río por patrullas, el Sargento Salvador se negó a ir al agua, incumpliendo así la orden dada por el Capitán Profesor del Curso D. Juan Francisco.

SEGUNDO.- Se apoya el presente recurso contencioso administrativo en tres motivos, referidos los dos primeros, respectivamente, a la infracción de los

principios de tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad e indefensión y a la vulneración de las normas que rigen el procedimiento sancionador. Así, estima el actor que no es responsable de los hechos que se le imputan y que, además, la Administración le ha impuesto una sanción que no está tipificada y resulta desproporcionada, atendidas las circunstancias concurrentes (intencionalidad, gravedad, reincidencia y perjuicios causados). Además, no se ha incoado procedimiento sancionador alguno. Este primer motivo debe desestimarse, pues a juicio de esta Sala yerra el actor al entender que nos encontramos aquí ante una sanción derivada de una falta disciplinaria. Por el contrario, nos encontramos ante la sobrevenida del derecho a continuar como alumno en el Curso de Mando de Unidades de Operaciones Especiales; en definitiva, ante la revocación de un derecho como consecuencia de la pérdida de las condiciones indispensables para su mantenimiento. Revocación que, al ser distinta a la sanción, no exige el sometimiento ni a los principios ni al procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

TERCERO.- Como segundo motivo de impugnación invoca el actor la falta de motivación de la decisión administrativa de darle de baja del curso pues, a su juicio, los hechos ocurridos el 24 de febrero de 2009 no son manifestativos de una falta de aptitud para el mando de Unidades de Operaciones Especiales. También este segundo motivo debe desestimarse y con ello el íntegro recurso contencioso administrativo. Es cierto que -como apunta el recurrente- la “ falta de condiciones o aptitudes “ para una determinada función -en nuestro caso, para el mando de determinadas unidades- es un concepto jurídico indeterminado, en relación a cuya interpretación goza la administración de un amplio margen de discrecionalidad. Ello es lógico, habida cuenta que para apreciar la aptitud y capacidad de una persona para el desempeño de determinados cometidos, en este caso relacionados con la profesión militar, se exigen unos conocimientos técnicos de los que, sin duda, gozan los órganos encargados de evaluar aquellas aptitud y capacidad. Ello no significa que los órganos jurisdiccionales no puedan examinar -dentro del carácter revisor que tiene la jurisdicción contencioso-administrativo- las decisiones adoptadas por los órganos evaluadores, si bien es cierto que el margen de enjuiciamiento es muy estrecho, pues no puede entrar en el núcleo de esa discrecionalidad técnica. Esto supone que las decisiones adoptadas al amparo de ésta sólo serán anulables cuando hayan incurrido notoriamente en error, arbitrariedad, irracionalidad o desviación de poder. Circunstancias estas últimas que entendemos no pueden considerarse concurrente en el caso que nos ocupa. En efecto, es cierto que el actor discrepa con la versión dada por el Capitán Juan Francisco , profesor del curso, sobre su actitud pues, a su juicio, no fue ni desafiante ni airada. Sin embargo, es también cierto que el actor reconoce

que desobedeció una orden dada por el Capitán porque le pareció injusta y “... al mismo tiempo se acumulaba la circunstancia de la fatiga y un elevado componente de estrés y tensión, dada la peligrosidad que puede entrañar este tipo de ejercicios “ (folio 4 del Expediente Administrativo). Y no cuestionándose la falta de acatamiento de la orden dada por el instructor -e, insistimos, con independencia del tono con que se hubiera negado el recurrente a cumplirla- esta Sala no tiene elementos de juicio suficientes para afirmar que la motivación dada por el Capitán Juan Francisco para proponer la baja del Sr. Salvador y que fue aceptada por la Junta facultativa de la Escuela Militar de Operaciones Especiales pueda tildarse de errónea, arbitraria, irracional o que incurra en desviación de poder: “... Durante esta fase, y para alcanzar la finalidad expuesta, se somete al alumno del CMUOE, a unas condiciones de estrés, hambre y agotamiento similares a las que podría entrar en combate y, una vez conseguidas, observar y evaluar si el alumno es capaz de mantener el control de sus acciones, cumplimentar correctamente las órdenes recibidas y desarrollar, manteniendo las medidas de seguridad, todos los procedimientos aprendidos en el curso...En este marco, muchas de las órdenes dadas no son razonadas al alumno, persiguiendo evaluar su capacidad para cumplir al pie de la letra las órdenes directas, aún siendo contrarias a su forma de pensar, incómodas o inexplicables para él.

(St de uno de marzo de dos mil dieciséis. Sala de Granada Ponente M^a Rosa López Barajas Mira)