



Roj: **STS 5372/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5372**

Id Cendoj: **28079130052015100456**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **18/12/2015**

Nº de Recurso: **532/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE JUAN SUAY RINCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil quince.

En el recurso de casación nº **532/2014**, interpuesto por el GOBIERNO DE CANARIAS, representado y asistido por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la Sentencia nº 123/2013 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, en fecha 13 de diciembre de 2013, recaída en el recurso nº 269/2011, sobre urbanismo; habiendo comparecido como parte recurrida la Entidad KATANGA INVERSIONES, S.L., representada por el Procurador don Jacobo de Gandarillas Martos y asistida por Letrado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictó Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2013, por cuya virtud se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Entidad KATANGA INVERSIONES, S.L. contra la inactividad de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias consistente en la inejecución del acto presunto firme estimatorio de la solicitud efectuada por la recurrente el 13 de noviembre de 2009 y, en virtud de la acumulación, contra la Orden de 16 de agosto de 2011, del Consejero titular de dicho departamento por la que se desestima expresamente dicha solicitud, acto que se anula y dejan sin efecto. Condenando a la Administración demandada a ejecutar el acto presunto con el alcance indicado en los Fundamentos de Derecho anteriores de iniciar y resolver los procedimientos de reclasificación del suelo y de fijación de la indemnización. Sin costas.

**SEGUNDO.-** Notificada esta resolución a las partes, por el Gobierno autonómico recurrente se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante Diligencia de la Sala de instancia de fecha 22 de enero de 2014, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, el recurrente (GOBIERNO DE CANARIAS) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 3 de abril de 2014 su escrito de interposición del recurso, en el cual, una vez expuestos los motivos de casación que estimó procedentes, terminaba solicitando el dictado de una sentencia por la que, declarando haber al recurso, casara y anulara la sentencia recurrida, y resolviera la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto de contrario.

**CUARTO.-** Por Providencia de la Sala, de fecha 29 de mayo de 2014, se acordó admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por Diligencia de fecha 25 de junio de 2014 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (KATANGA INVERSIONES, S.L.), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo. Siendo evacuado el trámite conferido mediante escrito de fecha 21 de julio de 2014, en el que solicitó a la Sala se inadmitiera o, subsidiariamente, se desestimara, declarando no haber lugar al recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.



**QUINTO.-** Por Providencia se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 16 de diciembre de 2015, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpone contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 13 de diciembre de 2013 , por cuya virtud se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Entidad KATANGA INVERSIONES, S.L. contra la inactividad de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias consistente en la inejecución del acto presunto firme estimatorio de la solicitud efectuada por la recurrente el 13 de noviembre de 2009 y, en virtud de la acumulación, contra la Orden de 16 de agosto de 2011, del Consejero titular de dicho departamento por la que se desestima expresamente dicha solicitud, acto que se anula y dejan sin efecto. Condenando a la Administración demandada a ejecutar el acto presunto con el alcance indicado en los Fundamentos de Derecho anteriores de iniciar y resolver los procedimientos de reclasificación del suelo y de fijación de la indemnización.

**SEGUNDO.-** La sentencia impugnada concreta ante todo en su FD 1º el objeto litigioso en los siguientes términos:

"El presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra la desestimación presunta y luego expresa por las resoluciones antes identificadas, de la solicitud de indemnización por derechos edificatorios presentada el 13 de noviembre de 2009 ante la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias, en virtud de la opción ejercitada la amparo del artículo 17 de la Ley canaria 6/2009, en relación con la parcela 6 del Plan Parcial del Sector 32-Costa Taurito, TM de Mogan".

Toda vez que sobre el particular han recaído ya diversas sentencias en que se procedió a la estimación parcial de los recursos contencioso-administrativos interpuestos (por todas, las de 4 de noviembre de 2011, las dos primeras ; aunque también otras a continuación, como la de 30 de noviembre de 2012 ) , habiendo planteado a las partes la cuestión sobre su incidencia en el presente litigio, la Sala de instancia considera preciso referirse a las conclusiones alcanzadas en sus resoluciones precedentes:

"En las sentencias a que antes nos referimos, llegamos a la conclusión de que en el precepto de la Ley canaria de cuya aplicación se trata, existía una pluralidad de procedimientos en la forma que con más detenimiento queda reflejado en los posteriores fundamentos. Llegamos a la conclusión de que existía silencio positivo en el primero de ellos, que consistía en el ejercicio de la opción por los titulares de los suelos a que se refiere la Ley y que identificamos como un procedimiento facultativo e "iniciado a solicitud del interesado", procedimiento innominado y propio de la Ley territorial. Por el contrario los ulteriores procedimientos de modificación del planeamiento, el reconocimiento en su caso de la indemnización, y/o expropiación forzosa, son procedimientos iniciados de oficio y por ello no rige la regla del silencio positivo. Pues bien, las alternativas a que se refiere la representación de la Administración autónoma, no pueden identificarse con aquel procedimiento que desencadena la opción de los particulares y si, en todo caso con alguno de los procedimientos subsiguientes que como decimos, se inician de oficio y de los que no puede afirmarse que exista tal posibilidad de silencio positivo artº 43 1 Ley 30/92 PAC".

Y sobre la base de los precedentes indicados, cuya doctrina recuerda y reproduce la sentencia impugnada en el siguiente FD 2º, en el supuesto ahora sometido a su consideración, acuerda la Sala de instancia alcanzar la misma conclusión, que se detalla en el FD 3º del modo que sigue:

"Partiendo de aquel pronunciamiento procede estimar parcialmente el presente para declarar la nulidad del acto recurrido por una doble causa. Cuando se notifica, –el 19 de septiembre de 2011–, la Orden del Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, objeto de este recurso ya se había producido el acto por silencio positivo y por tanto, la resolución expresa posterior es nula de pleno derecho al haberse dictado infringiendo el artículo 43.4 a) en relación con los procedimientos de revisión de artículos 102 y 103 y con el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 .

En segundo lugar, la competencia para dictar el acto objeto de recurso corresponde según hemos razonado antes, al Consejo de Gobierno de Canarias, y no al Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente, lo que constituye una causa de nulidad del art. 62 1 b) de la Ley 30/92 PAC.



No procede estimar la pretensión de plena jurisdicción por cuanto para ello deberán agotarse los procedimientos subsiguientes de reclasificación del suelo a que hace referencia la Ley y, en su caso, de fijación de indemnización".

El recurso contencioso-administrativo, en consecuencia, es estimado parcialmente en los términos indicados, sin formular condena en costas (FD 4º).

**TERCERO.**- Contra esta sentencia, la Administración que había actuado en la instancia como parte demandada interpone recurso de casación, al amparo de la concurrencia de los siguientes motivos:

1) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra c) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia: Incongruencia de la sentencia. Motivación irracional. Infracción de los artículos 24 y 120.3 CE. Infracción de los artículos 33 y 67.1 LJCA. Infracción de los artículos 209 y 218 LEC.

2) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción de los artículos 68 y concordantes de la Ley 30/1992 LRJAP -PAC: en particular, infracción de los artículos 68, 70, 78, 87 y 89.

3) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 12 LRJAP -PAC.

4) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción de los artículos 42.6 y 43 LRJAP -PAC, a propósito del sentido del silencio administrativo. Infracción del artículo 8.1.b) TRLS 2008. Infracción de la jurisprudencia recaída sobre este particular en materia urbanística que impide que por el juego del silencio administrativo positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico.

5) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción, por aplicación indebida, del artículo 43.4.a) en relación con los procedimientos de revisión de los artículos 102 y 103 y con el artículo 62.1 b) y e) LRJAP -PAC. Infracción del artículo 43.4.b) del mismo texto legal.

6) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción, por aplicación indebida, de la doctrina de los actos propios, de la jurisprudencia que se cita, y del artículo 3.1 CC.

7) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 7 TRLS aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008. Infracción de la jurisprudencia recaída sobre el concepto de derechos urbanísticos consolidados.

**CUARTO**.- Antes de entrar a examinar los concretos motivos esgrimidos por la parte, resulta conveniente efectuar algunas consideraciones de carácter general, sobre el ámbito de conocimiento normativo que a esta Sala corresponde en relación con el derecho urbanístico emanado de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, dada la incidencia directa que las mismas han de tener a la hora de afrontar el núcleo esencial de los argumentos de la parte recurrente en casación. Conviene empezar recordando que el artículo 86.4 de la LJCA dispone que las sentencias que hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Según viene señalando una reiteradísima jurisprudencia, el citado artículo 86.4 determina que el recurso de casación no se puede fundar en la infracción de normas de derecho autonómico, ni cabe eludir dicho obstáculo procesal encubriendo la denuncia de la indebida interpretación y aplicación de normas autonómicas bajo una cita artificiosa y meramente instrumental de normas de derecho estatal. Pueden verse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 29 de enero de 2014 (casación 3167/2011), 29 de septiembre de 2011 (casación 1238/08), 26 de mayo de 2011 (casación 5215/07), 28 de abril de 2011 (casación 2060/2007),



22 de octubre de 2010 (casación 5238/2006 ), 9 de octubre de 2009 (casación 4255/2005 ), así como los pronunciamientos que en ellas se citan.

Como se recoge en la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 4768/2007 : " *Ha de tenerse en cuenta que, ciertamente, los principios constitucionales, principios generales del derecho, y los de procedimiento administrativo, resultan de aplicación a todos los ordenamientos jurídicos, tanto el estatal como los autonómicos, y con carácter general a todos los ámbitos sectoriales; ahora bien, su proyección, en casos como este que ahora nos ocupa, se concreta en las diferentes normas autonómicas, de cuya aplicación e interpretación no puede prescindirse a los efectos de examinar tales infracciones. Concretamente, respecto del artículo 62 de la Ley 30/1992, que establece los motivos de nulidad de los actos de las Administraciones Públicas y las disposiciones reglamentarias, esta Sala ha recordado que dicho precepto, en sus distintos apartados, constituye un elemento común para todos los ordenamientos jurídicos, ya sea el estatal, autonómico o local, y no puede servir de base por sí solo para fundar un recurso de casación, cuando el Derecho material es puramente autonómico, pues admitir lo contrario sería tanto como privar de contenido al artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional, al existir siempre la posibilidad de acogerse a estos preceptos instrumentales y principios generales para con base en su infracción entablar el recurso de casación. La solución contraria a la que exponemos supondría vaciar de contenido el artículo 86.4 de la LJCA, pues los principios constitucionales y de procedimiento administrativo proporcionan, insistimos, el sustrato común y laten en todos los ordenamientos jurídicos, y bastaría su mera invocación retórica para desbordar los límites que la LJCA ha trazado para acceder a la casación "*.

**QUINTO.-** Respecto a la congruencia como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), la doctrina constitucional ha afirmado (por todas, STC 83/2009, de 25 de marzo, FJ 2) que: <<El derecho reconocido en el art. 24.1 CE comprende, junto a otros contenidos, el derecho a obtener una resolución congruente y razonable. Por lo que respecta a la primera de estas dos notas, la doctrina de este Tribunal acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como consecuencia del dictado de una resolución judicial incongruente ha sido sistematizada en la STC 40/2006, de 13 de febrero, en la cual afirmábamos lo siguiente: 'Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución', y de 'otro lado, la denominada incongruencia por exceso o extra petitum, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones ... Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales. En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquélla en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3) >>.

**SEXTO.-** Sentada esta doctrina general, corresponde ahora entrar a analizar el primero de los motivos de recurso, motivo en el que se contienen diferentes alegaciones acerca de supuestas incongruencias de diversa naturaleza en las que habría incurrido la sentencia de instancia, al tiempo que se argumentan denuncias, en las que lo que el recurrente demuestra es su clara divergencia acerca de la interpretación que del art. 17.1 de la Ley 6/2009, contiene la sentencia recurrida.

Una reiterada jurisprudencia viene sosteniendo que no es posible alegar simultáneamente en un mismo motivo casacional la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicable y de la jurisprudencia para resolver las cuestiones objeto de debate ( art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción ) y la incongruencia omisiva con





quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con infracción de las normas reguladoras de la sentencia ( art. 88.1.c) de la Ley 29/1998 ). Es defectuosa la técnica de mezclar la alegación de errores " *in procedendo* ", como es la incongruencia omisiva, con la denuncia de un error " *in iudicando* ", cual es el error al interpretar la legislación canaria. Esta confusión debería conllevar la inadmisibilidad del recurso, como consecuencia de la doctrina reiterada de esta Sala (por todos, Auto de 22 de noviembre de 2007 , rec. casación nº 5219/2006) que afirma que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la ley establece para su viabilidad; requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal, sino una clara exigencia del carácter extraordinario que el recurso posee, sólo viable, en consecuencia, por motivos tasados, cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia e, igualmente, que la confusión y mezcla en un mismo motivo de errores " *in iudicando* " e " *in procedendo* " supone, a tenor de lo que exige el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , un desviado planteamiento del motivo o motivos en que el recurso debe fundarse, que impide al Tribunal el enjuiciamiento de los posibles vicios " *in procedendo* " o " *in iudicando* " de que pudiera eventualmente adolecer la resolución recurrida (Auto de 17 de junio de 2010; recurso de casación núm. 809/2009).

**SÉPTIMO.**- No obstante lo anterior, en lo que se circunscribe a las denuncias acerca de los requisitos formales de la sentencia, tampoco puede estimarse el motivo.

La sentencia no incurre en incongruencia interna, dado que no se aprecia ningún tipo de contradicción en su razonamiento. Se analiza el procedimiento, para poder concluir la existencia o inexistencia del silencio administrativo, lo que obligaba a valorar la concurrencia o no de los distintos requisitos exigidos por el art. 17, examen que la sentencia aborda con la suficiente exhaustividad y motivación, para llegar a concluir que dichos requisitos concurrían en el presente caso y que, consecuentemente, tomando en consideración la existencia de distintas fases procedimentales, de diferente naturaleza, podía concluirse que la primera fase procedimental, iniciada a solicitud del interesado, concluyó por silencio, silencio que, según se razona entiende que tuvo carácter positivo.

La parte recurrente podrá no estar conforme con dicho razonamiento, de hecho es lo que verdaderamente subyace en sus alegaciones, pero lo que no puede alegar es incongruencia o ausencia de motivación.

A la misma conclusión desestimatoria, ha de llegarse en relación con el denunciado exceso del fallo de la sentencia respecto del " *petitum* " de la demanda.

Como ya hemos señalado, la pretensión de la parte actora consistía en obtener, previa anulación del acto impugnado, la condena de la Administración demandada a que la indemnice con una cantidad cifrada inicialmente en 2.638.440,47 euros más los intereses legales correspondientes en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley Canaria 6/2009 de medidas urgentes en materia de ordenación territorial. Pues bien, el fallo de la sentencia no se aparta de dicha pretensión, en cuanto, reconociendo la existencia de un acto presunto favorable, condena a la administración a ejecutarlo, si bien, no estimando en su integridad lo pretendido, limita el contenido de dicha ejecución en los términos del cuerpo de la propia sentencia a iniciar y resolver los procedimientos de reclasificación del suelo y de fijación de la indemnización, condena que se inserta plenamente en el contenido de la pretensión ejercitada.

**OCTAVO** .- En el segundo motivo se denuncia la infracción de los artículos 68 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común : en particular, infracción de los artículos 68, 70, 78, 87 y 89.

Del examen de dicho motivo, se constata que lo realmente discutido por la recurrente es la aplicación que la sentencia ha realizado del reiteradamente citado art. 17.2.

La competencia de esta Sala para conocer recursos de casación contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia ha sido clarificada por la sentencia del Pleno de 30 de noviembre de 2007 (casación 7638/02),

Tal y como anteriormente se ha razonado, lo que la parte plantea en realidad es una clara divergencia con la exégesis que del precepto realiza la sala de instancia, no obstante, concedora la parte del límite en la casación concretado en el control de las normas autonómicas, trata de obviar tal limitación procesal acudiendo, bien es cierto que de forma exclusiva en el enunciado del motivo, a denunciar una serie de preceptos de la legislación procedimental de carácter estatal, preceptos que se utilizan con una finalidad claramente instrumental.

Admitir una técnica como la utilizada por la parte recurrente supondría, en la práctica, vaciar de contenido el artículo 86.4 de la LJCA , pues los principios constitucionales y de procedimiento administrativo proporcionan el sustrato común y laten en todos los ordenamientos jurídicos, y bastaría su mera invocación retórica para desbordar los límites que la LJCA ha trazado para acceder a la casación.



Estos argumentos son perfectamente aplicables al caso que nos ocupa en que se invoca la infracción del artículo 68 , 70 , 78 , 87 y 89 de la Ley 30/1992 , informadores de todo el procedimiento administrativo.

**NOVENO** .- En el tercer motivo, se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 12 de la Ley 30/1992 , en cuanto indebidamente considera la sentencia que el Consejo de Gobierno es el órgano competente para resolver el procedimiento.

Nuevamente utiliza el recurrente la invocación de un precepto del procedimiento administrativo general, para denunciar la indebida determinación del órgano llamado a resolver, según se deriva del examen que la sentencia realiza de la legislación autonómica, no sólo del precepto controvertido, sino con expresa invocación de la legislación urbanística.

Independientemente de lo anterior, es lo cierto que, de lo expuesto en los arts. 86.4 y 89.2 de la L.J C.A ., se desprende que las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo son recurribles en casación cuando el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de derecho estatal o de derecho comunitario europeo, que sean relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubiesen sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Luego a "sensu contrario", cuando el recurso se funde en infracción de normas que no hayan resultado relevantes, la sentencia no será susceptible de recurso de casación, que es, justamente, lo que aquí acontece.

En el presente caso, la única trascendencia de la determinación del órgano competente vendría dada por su posible incidencia en el cómputo de producción del silencio, pero, como luego veremos, aunque admitiéramos la procedencia del acuerdo de ampliación del plazo de resolución, en nada variaría la conclusión obtenida en la instancia.

**DÉCIMO** .- El cuarto y quinto motivo están directamente relacionados y van a ser objeto de examen conjunto, dado que lo que se ha de dilucidar es si estamos o no ante un supuesto de silencio administrativo positivo.

La sentencia de esta misma Sala y Sección de 27 de abril de 2007 (Rc 10133/2003 ), analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, rechazando la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio cuando el silencio positivo ya se ha producido, y resaltando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a Derecho.

Comienza señalando la sentencia, acerca de esta cuestión, que en la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio.

Cierto es -continúa la sentencia su argumentación- que aun partiendo de esta caracterización del silencio positivo como auténtico acto administrativo, la misma Ley ha querido poner remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su art. 62.1.f) establece que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de " *actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*". Ahora bien, puntualiza la sentencia, este precepto que se acaba de transcribir " *no puede ser interpretado y aplicado prescindiendo de lo dispuesto por el art. 43.4.a)* " de la misma Ley, reformado por la Ley 4/1999 , donde se establece que " *en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo* ". Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del propio art. 62.1.f) (esto es, por carecer el adquirente del derecho de los requisitos esenciales para su adquisición), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad vedada por el art. 43.4.a), sino que habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en el art. 102.1, de la tan citada Ley 30/1992 . La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del art. 62.1.f), es no solo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley , sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo.

**DECIMOPRIMERO** .- La cuestión esencial se centra en determinar si en el presente caso, se ha producido o no el silencio administrativo positivo, verdadera cuestión nuclear en la que se basa la decisión de la sala de instancia ahora impugnada.



Para afrontarla debemos dar respuesta a dos aspectos diferenciados. De un lado, habremos de comprobar que se ha superado el plazo del que disponía la Administración para proceder a dictar resolución expresa. Por otra parte, hemos de comprobar si estamos o no ante alguno de los supuestos de exclusión del sentido positivo del silencio contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

**DECIMOSEGUNDO** .- Para analizar el pretendido transcurso del plazo máximo para resolver, debemos partir de que la demandante en la instancia, al amparo del art. 17 de la Ley 6/2009, presentó la correspondiente solicitud el 13 de noviembre de 2009 -dentro de los 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley publicada en el Boletín Oficial de Canarias el 12 de mayo de 2009- optando por la posibilidad establecida en el apartado primero del referido artículo, es decir, la reclasificación de la parcela 6 del Plan Parcial del Sector 32 "Costa Taurito", TM de Mogán a suelo rústico de protección territorial con la consecuente indemnización de los aprovechamientos edificatorios congelados por la normativa de moratoria.

El transcurso de dicho plazo máximo fue suspendido como consecuencia del requerimiento de subsanación realizado por la Administración en fecha 27 de noviembre de 2009.

En fecha de 12 de febrero de 2010, la Administración procedió a notificar la resolución relativa a la ampliación del plazo del procedimiento en otros tres meses.

Con posterioridad, el 16 de agosto de 2011, se produjo la resolución definitiva.

De acuerdo con tales datos cronológicos debemos asumir la tesis de la sentencia de instancia, cuando sobre esta cuestión concluye que: "*Cuando se notifica, --el 19 de septiembre de 2011--, la Orden del Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, objeto de este recurso ya se había producido el acto por silencio positivo y por tanto, la resolución expresa posterior es nula de pleno derecho al haberse dictado infringiendo el artículo 43.4 a) en relación con los procedimientos de revisión de artículos 102 y 103 y con el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992*".

**DECIMOTERCERO** .- Según dispone el artículo 43 de la Ley 30/1992 :

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo.

2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de 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, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Por su parte, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, se hace constar que "*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*". Y en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, se concluye que: "*También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario*".

En definitiva, y con carácter general, hemos mantenido que, en todo caso, los efectos que comporta la vía del silencio positivo, tienen como límite lo establecido en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, que dispone la nulidad de pleno derecho para los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Debemos salir igualmente al paso de las consideraciones que se vierten por la Administración recurrente, acerca de que la acción basada en el art. 29.2 debió ser rechazada por prematura, dado que, en cualquier caso, el silencio se habría producido igualmente durante la tramitación del recurso y antes de dictarse sentencia.

**DECIMOCUARTO** .- La parte recurrente utiliza gran parte de sus argumentos en este cuarto motivo, para tratar de desvirtuar el sentido positivo del silencio.

Su tesis se concentra en la siguiente afirmación: "*aún en la hipótesis de que el silencio fuese positivo, la legislación y la jurisprudencia han resaltado que no cabe entender obtenido por silencio administrativo algo que no puede ser obtenido expresamente por contravenir el ordenamiento jurídico*".



A continuación la Administración recurrente realiza un ingente esfuerzo para tratar de encuadrar el supuesto controvertido, con el resultado, en todos los casos, de no ser posible derivar efectos positivos del silencio.

Estos distintos encuadramientos se sintetizan siguiendo el recurso en las siguientes alegaciones:

a) " *Lo que finalmente reconoce el procedimiento del artículo 17.1 es que el promotor de la iniciativa, que tiene todos los derechos consolidados y reúne el resto de los requisitos legales, tiene DERECHO A OBTENER LA LICENCIA pero, por LA MORATORIA, NO PUEDE EDIFICAR* " .

b) " *...el silencio también es negativo en la medida en que la reclasificación del suelo que constituye la pretensión del interesado implica transferir facultades relativas al servicio público, como consecuencia de la necesaria modificación puntual del instrumento de planeamiento general y del compromiso de fondos públicos derivados de la obligación de indemnizar los derechos edificatorios, el efecto de un eventual silencio administrativo es también desestimatorio* " .

c) " *Igualmente resulta el efecto desestimatorio del silencio si atendemos a la regulación legal contemplada en el artículo 42.2 y 4 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias , que lo impone para la aprobación definitiva de los planes generales y para los procedimientos de modificación o revisión del planeamiento iniciados a instancia de parte* " .

d) " *Incluso, de entender que la opción del artículo 17.1 contempla un supuesto indemnizatorio, como si de responsabilidad patrimonial se tratara ...* " .

e) " *Podríamos considerar, igualmente, que el procedimiento del artículo 17.1 en realidad acoge una figura de naturaleza contractual, en el que la Administración adquiere, en los términos y condiciones establecidos, bien el aprovechamiento urbanístico derivado de los derechos urbanísticos consolidados del interesado que se mantienen inedificados, bien la nuda propiedad de optar por la expropiación forzosa produciéndose el intercambio patrimonial propio de todo negocio jurídico contractual, por atípico que sea* " .

f) " *... el efecto desestimatorio del silencio se impondría finalmente, puesto que así está previsto legalmente ante la falta de respuesta de la Administración en los procedimientos de cambio de planeamiento ( artículo 42.2 d ) y 42.4 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales Protegidos de Canarias* " .

**DECIMOQUINTO** .- No deja de resultar llamativo el ingente esfuerzo de la administración recurrente por tratar de encuadrar en supuestos tan heterogéneos el supuesto controvertido. Lo cierto es que no nos encontramos ante ninguno de los procedimientos a los que se hace referencia, por mucho que el contemplado en la legislación canaria, pueda tener aspectos comunes o similares a alguno de los citados. En definitiva nos encontramos ante un procedimiento establecido por una ley autonómica que no se inserta en ninguno de los procedimientos tipo regulados en nuestra legislación procedimental y que, a partir de la interpretación que del mismo realiza la sala de instancia, interpretación que, como hemos dicho, nos está vedado analizar, supone la existencia de un procedimiento iniciado a instancia de parte, en el que, el transcurso del plazo máximo para dictar resolución, a falta de una previsión específica, ha de tener efectos estimatorios de la solicitud.

Esa, y no otra, fue la voluntad del legislador estatal cuando introdujo como regla general en la reforma de la Ley 4/99 el sentido positivo del silencio, de forma tal que, sólo excepcionalmente y en los concretos supuestos establecidos en una ley o norma de derecho comunitario, puede dicho efecto eludirse, excepciones que no pueden ser objeto de interpretaciones extensivas.

**DECIMOSEXTO** .- Como sexto motivo y al amparo del artículo 88.1 d) de la LJCA , se denuncia la infracción por aplicación indebida, de la doctrina de los actos propios, la infracción de la jurisprudencia por contravenir la sentencia de instancia lo dispuesto en la STS de 1 de marzo de 2012 y, la infracción del artículo 3.1 del CC .

En concreto lo que el recurso trata de poner de relieve es que la sentencia recurrida atribuye al Acuerdo del Gobierno de Canarias de 29 de julio de 2004, emitido en cumplimiento del apartado sexto de la Disposición adicional cuarta de la Ley 19/2003 , unos efectos vinculantes que se niegan.

Dejando al margen la genérica alusión a los criterios de interpretación de las normas, lo importante es analizar la invocación que se realiza a nuestra sentencia de 1 de marzo de 2012, recaída en el recurso 5669/2008 , en la que se cuestionó " *el Acuerdo del Gobierno de Canarias adoptado el 29 de julio de 2004 por el que se dispone informar al Parlamento de Canarias de los cambios operados en la clasificación y categorización de suelos clasificados como urbanizables o aptos para urbanizar con destino total o parcialmente turístico, como resultado de la aplicación de las determinaciones de la Disposición Adicional cuarta de la Ley (autonómica) de 14 de abril de 2003 que aprobó las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias* " .





Pese a lo que se mantiene en el recurso, la sentencia citada contiene el siguiente razonamiento: *"La sentencia de instancia señala con toda claridad, dicho ahora en apretada síntesis, primero, que el acuerdo recurrido no es una decisión administrativa, sino una actividad del Gobierno Canario en el ámbito de sus relaciones institucionales con el Parlamento autonómico; y, segundo, que nos encontramos ante un acto no decisorio sino de carácter meramente informativo, que no contiene una declaración de voluntad resolutoria generadora de derechos y obligaciones ni produce efectos jurídicos en la esfera jurídica de los particulares, por lo que no constituye acto administrativo susceptible de impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en los artículos 1 y 25 de la Ley de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .*

*Así las cosas, los argumentos aducidos en los motivos de casación se encuentran con el escollo insalvable de que lo que intentan combatir es la interpretación de una norma autonómica llevada cabo por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, siendo así que la interpretación y aplicación que esta hace de las normas de procedencia autonómica no es cuestionable en casación, tal como resulta de los artículo 86.4 y 89.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .*

*Por lo tanto, debe estarse a la interpretación llevada cabo en la sentencia respecto del alcance del acuerdo adoptado en cumplimiento de la disposición adicional cuarta de la Ley Territorial 19/2003, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, lo que incluye desde luego la afirmación de que no tiene alcance decisorio sino meramente informativo. Y, siendo ello así, la construcción de los tres primeros motivos de casación queda privada de consistencia, porque, desde diversos planteamientos, los tres motivos parten de negar una premisa que, precisamente por resultar de la interpretación del derecho autonómico realizada por la Sala de instancia, no puede ser revisada ni cuestionada en este recurso de casación" .*

Consecuentemente, no es cierto que nuestra sentencia afirmara o confirmara una determinada interpretación de dicha norma, sino que se limitó a describir la interpretación que de la misma realizó la sala de instancia, obviando cualquier tipo de pronunciamiento, al tratarse de la interpretación de una norma autonómica.

Eso es precisamente lo que vuelve a acontecer en el caso presente. En efecto, según afirma textualmente el recurso " *se equivoca la sentencia cuando interpreta el alcance de la desclasificación de suelos prevista en aquella disposición ....* ", insistiendo, por otro lado, en el criterio interpretativo que la sala de instancia mantuvo en anteriores sentencias.

No le falta razón a la parte recurrente cuando pone de relieve la diferente interpretación que sobre el alcance del acuerdo del Gobierno de Canarias, haya podido mantener la sala de instancia, pero ello no es óbice, para afirmar, como hicimos en la sentencia antes citada, que estamos en un ámbito de legislación autonómica que, por las razones reiteradamente expuestas, no pueden ser objeto de reinterpretación en vía casacional.

**DECIMOSÉPTIMO** .- En el séptimo motivo se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 7 del Texto Refundido de la Ley del Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Infracción de la jurisprudencia recaída sobre el concepto de derechos urbanísticos consolidados. El motivo debe ser desestimado.

Como hemos venido argumentando, la sentencia recurrida no reconoce derecho indemnizatorio alguno, sino que, a partir de lo que considera estimación presunta de la opción ejercitada por la recurrente, procede a configurar una especie de " *derecho al trámite* ", condenando a la administración a " *iniciar y resolver los procedimientos de reclasificación del suelo y de fijación de la indemnización* " .

Consecuentemente, la sentencia no prejuzga sobre el derecho a la obtención y alcance de la indemnización, sino que se limita a condenar a la Administración a iniciar y resolver el procedimiento donde su fijación deberá llevarse a cabo, momento en el que podrá discutirse acerca de los derechos urbanísticos de los que es titular el recurrente y su oportuna valoración.

**DECIMOCTAVO** .- La desestimación de todos los motivos de casación invocados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas, según establece el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción , si bien, como autoriza el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía a la cantidad de 4.000 euros, dada la actividad desplegada para oponerse al recurso interpuesto.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.



## FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación nº **532/2014**, formulado por el GOBIERNO DE CANARIAS a través de la Sra. Letrada de los Servicios Jurídicos, contra la sentencia nº 123/2013, de fecha 13 de diciembre de 2013, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (con sede en Las Palmas) en el recurso 269/2011, sostenido contra el incumplimiento por parte de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias del deber de ejecución del acto presunto firme estimatorio de la opción ejercitada el 13 de noviembre de 2009, en relación con la parcela 6 del Plan Parcial del Sector 32 "Costa Taurito, TM de Mogán. Se imponen las costas procesales a la parte recurrente, con la limitación expresada en el último Fundamento Jurídico de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Valverde Jose Juan Suay Rincon Cesar Tolosa Tribiño Francisco Jose Navarro Sanchis Jesus Ernesto Peces Morate Mariano de Oro-Pulido y Lopez **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### Voto Particular

#### VOTO PARTICULAR

**FECHA:18/12/2015**

#### **VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Juan Suay Rincon A LA SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2015 DE LA SECCIÓN QUINTA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO (RC 532/2014)**

En mi condición de ponente de esta sentencia prácticamente me he limitado a transcribir el contenido de la Sentencia de 26 de octubre de 2015 (RC 1455/2013), recaída en un supuesto análogo y de cuya fundamentación y fallo vine entonces a manifestar mi discrepancia mediante la formulación de un voto particular. He procurado ahora dejar constancia de la opinión mayoritaria de la Sección a la que pertenezco en el sentido expuesto.

No obstante, como se trataba de un supuesto análogo y las consideraciones efectuadas entonces resultan plenamente aplicables a este caso, no se precisa reproducir el contenido de dicho voto particular. Basta con remitirnos a lo argumentado en el mismo.

Dado en Madrid, a 18 de diciembre de 2015

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.