



Roj: **STSJ GAL 122/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:122**

Id Cendoj: **15030330022019100008**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **4332/2017**

Nº de Resolución: **17/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00017/2019

RECURSO DE APELACIÓN 4332/2017

EN NO MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres:

DÑA. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 15 de enero de 2019

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso de apelación nº **4332/2017** pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 , representada por la Procuradora Dña. Carmen Gómez Cortés y defendida por el Letrado D. Miguel Ángel Quintela Prieto, contra la sentencia nº 94/2017, de 30 de mayo de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de A Coruña , recaída en el procedimiento ordinario 215/2015.

Son partes apeladas el CONCELLO DE A CORUÑA, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos D. Miguel Anxo López Prado; y D. Rafael , representado por el Procurador D. José Cernadas Vázquez y defendido por el Letrado D. Félix Suárez de la Fuente.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de A Coruña dictó la sentencia nº 94/2017, de 30 de mayo de 2017 , en el procedimiento ordinario 215/2015, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios de DIRECCION000 números NUM000 - NUM001 - NUM002 frente al Concello de A Coruña, contra la inactividad por incumplimiento de las obligaciones del Concello por falta de resolución del recurso potestativo de reposición interpuesto sobre concesión de licencia de primera ocupación de fecha 24 de abril de 2014 y resolución de concesión de 25 de abril de 2014, en los expedientes número NUM003 , NUM004 , 6-11-2003, con imposición de las costas a la demandante.



SEGUNDO: La representación procesal de LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 interpuso recurso de apelación contra la mencionada sentencia, solicitando su revocación y en su lugar se dicte otra en la que se estime el suplico de la demanda, con imposición de costas.

TERCERO: El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes.

La representación procesal del CONCELLO DE A CORUÑA presentó escrito de oposición al recurso de apelación, solicitando su desestimación, confirmando la sentencia de instancia.

La representación procesal de D. Rafael presentó escrito de oposición al recurso de apelación, solicitando su desestimación con la confirmación de la sentencia de instancia, e imponiendo las costas procesales a la parte recurrente.

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron todas las partes, por providencia se acordó admitir el recurso de apelación, quedando las actuaciones pendientes de votación y fallo.

Mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 10 de enero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre la sentencia apelada y los motivos del recurso de apelación.

La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios demandante contra la inactividad por incumplimiento de las obligaciones del Concello de A Coruña por falta de resolución del recurso potestativo de reposición interpuesto sobre concesión de licencia de primera ocupación de fecha 24 de abril de 2014 y resolución de concesión de 25 de abril de 2014.

En síntesis considera la sentencia de instancia que en la demanda se desconocen los estrictos márgenes del artículo 29.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y que allí donde hay acto administrativo obtenido por silencio administrativo, no existe inactividad de la Administración, siendo presupuesto de esta la inexistencia de acto. La falta de resolución en los procedimientos se combate con la institución del silencio administrativo y se concluye en la sentencia apelada que no se puede confundir la inactividad regulada en el artículo 29 de la LJCA 29/1998, con cualquier supuesto de no resolución.

Aplicando estas consideraciones generales al caso del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000, concluye afirmando que no se puede hablar de inactividad del artículo 29 de la LJCA, ya que estamos ante un caso de silencio negativo, por lo que el único recurso que cabe es frente a una denegación presunta de lo solicitado por silencio.

La COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 recurre la sentencia desestimatoria de su pretensión, por los motivos que, en síntesis, se pasan a enunciar:

1º Infracción del principio de congruencia y quiebra de la obligación de motivación de las sentencias: la demandada y codemandada alegaron inadmisión y extemporaneidad, por lo que en congruencia con lo pedido por las adversas debió inadmitir el recurso, pero se limitó a desestimarlos, utilizando unas argumentaciones de las que se deduciría la inadmisibilidad, y en las que se realizan unas consideraciones sobre la inexistencia de inactividad por la existencia de acto obtenido por silencio negativo, pero sin un fundamento sobre lo que se pide, esto es, que se condene y obligue al Concello demandado para que cumpla su inexcusable obligación de resolver.

2º. Vulneración de los artículos 1.6 y 1.7 del Título Preliminar del Código Civil al no atenerse la sentencia a la jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico, y con ello la violación del principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución, y la quiebra del artículo 24.1 al negar el derecho a la tutela judicial efectiva y atentar contra el principio de seguridad jurídica protegido por el artículo 9.3 de la Constitución.

En síntesis, y en diversos fundamentos, se cita la jurisprudencia sobre el mantenimiento de la obligación de dictar resolución expresa en los procedimientos, cualquiera que sea la forma de iniciación, de la que no se exime la Administración cuando vence el plazo máximo establecido de resolución sin que se dicte resolución expresa, y la no sujeción a plazo de caducidad de los recursos contra la desestimaciones por silencio. Todo ello en relación con la naturaleza del silencio negativo como ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda llegar a la vía judicial superando la inactividad de la Administración, como institución establecida en beneficio del particular cuando su reclamación o recurso no ha sido resuelto, permitiéndole reaccionar contra dicha inactividad formal, sin que la ley obligue al ciudadano a recurrir una desestimación por silencio, mientras que sí obliga a la Administración a resolver.

SEGUNDO: Sobre la oposición a la apelación.



El Concello de A Coruña en su escrito de oposición a la apelación alega que los demandantes no están recurriendo la desestimación presunta de su recurso de reposición sino la inactividad de la Administración, por no atender a su reclamación de resolver expresamente el recurso. Por eso acertadamente la sentencia dice en su fundamentación que los demandantes parten de una errónea concepción de la institución del silencio administrativo, ya que los demandantes, en lugar de interponer recurso contra la desestimación presunta de su recurso de reposición, acudieron al procedimiento especial del artículo 29, sin que concurriese ninguno de los supuestos allí previstos.

Además de no concurrir propiamente un supuesto de inactividad de los artículos 25.2 y 29 de la LJCA , el recurso no sería tampoco admisible, en cuanto que se presentó extemporáneamente, aplicando los plazos previstos en el artículo 46 en relación con el artículo 29 de la LJCA .

En cuanto a la petición de que se incoe expediente disciplinario a los funcionarios incumplidores de su obligación de resolución, resalta que no es objeto de apelación por los demandantes, por lo que considera que se trata de una cuestión firme sobre la que no debe pronunciarse esta Sala.

TERCERO: Sobre la oposición a la apelación formulada por el codemandado.

La representación procesal de D. Rafael se opone a la apelación alegando que, aunque la actora disponía de la ficción legal del silencio negativo desestimatorio de su recurso potestativo de reposición, lo que le abría la vía de impugnación del mismo, no formuló su recurso para la impugnación de la licencia municipal otorgada (vía impugnación de la desestimación por silencio del recurso de reposición), sino que articuló su impugnación con fundamento en una exigencia de que la Administración proceda a la resolución expresa del mismo. Aunque la Administración sigue teniendo la obligación de resolver de forma expresa, considera un "sinsentido" que alguien que acude a los órganos jurisdiccionales, pudiendo ya impugnar el acto administrativo ante los mismos por vía de la ficción legal desestimatoria, deje de hacerlo, sustituyendo tal petición por la de que, devolviéndose el expediente a la Administración, ésta resuelva de forma expresa lo ya presuntamente desestimado.

En segundo lugar considera que el recurso se ha presentado de forma extemporánea.

En tercer lugar, se adhiere a las apreciaciones de la sentencia sobre el desconocimiento por el recurrente de los estrictos márgenes de actuación que permite el artículo 29.2 de la LJCA . No hay en este caso inactividad, por no concurrir los requisitos del artículo 29, sino desestimación por silencio.

CUARTO: Sobre la naturaleza de la actividad impugnada.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto, de forma clara, que la actuación administrativa contra la que se dirigía la demanda presentada por la Comunidad de Propietarios demandante era la ausencia de resolución de un recurso de reposición interpuesto contra una resolución de otorgamiento de licencia de primera ocupación.

Ese tipo de actuación omisiva no reúne los caracteres propios del concepto "inactividad", entendida en el sentido técnico y estricto, definido en el artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Dicho en otros términos, de los diversos tipos de actuación administrativa contra la que se puede dirigir el recurso contencioso-administrativo (disposición de carácter general, actos expesos y presuntos, inactividad y actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, conforme establece el artículo 25 de la LJCA 29/1998), la actuación contra la que se dirigía el recurso contencioso-administrativo, que venía referido a una ausencia de resolución de un recurso administrativo de reposición, no era una inactividad en el sentido estricto que dicho concepto tiene en el artículo 29 de la LJCA , sino una desestimación por silencio de un recurso de reposición interpuesto contra una resolución expresa de otorgamiento de una licencia.

En este sentido, basta remitirse al artículo 43.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC 30/1992) aplicable al caso por razones temporales, conforme a cual "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* "; y en relación con dicho precepto, el artículo 116.2 de la misma LRJPAC 30/1992: "No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto."

Por tanto, solo de una forma impropia o lata se podría calificar de inactividad la actuación administrativa contra la que se dirigía la Comunidad de Propietarios ahora apelante, en la medida en que lo recurrido era una omisión, el incumplimiento de un deber de resolución, pero por las razones que se exponen en la sentencia de instancia



y en los escritos de los apelados, ese tipo de actuaciones omisivas -consistentes en el incumplimiento del deber de resolución expresa de los procedimientos de recurso administrativo dentro de plazo, y entre ellos el procedimiento de recurso administrativo de reposición-, lo que determina es un efecto jurídico concreto y determinado, la desestimación por silencio administrativo, por imperativo de los artículos 43.1 y 116.2 de la LRJPAC 30/1992.

La desestimación por silencio, ciertamente, no tiene la naturaleza de un verdadero acto administrativo, sino que constituye una mera ficción legal establecida a los efectos de que el interesado pueda optar, bien por esperar al dictado de la resolución expresa -que la Administración sigue obligada a dictar- o bien por interponer el recurso contencioso-administrativo, que nunca se podrá considerar extemporáneo, aunque hayan transcurrido más de los 6 meses previstos por el artículo 46 de la LJCA 29/1998 . Pero el contenido y finalidad de ese recurso contencioso-administrativo no es para conseguir la imposición de la obligación de resolución expresa, obligación que ya impone para todos los procedimientos el artículo 42 de la LRJPAC 30/1992, sino para evitar que el incumplimiento de ese deber de resolución expresa dilate de forma indebida la resolución de las pretensiones del interesado, en cuanto al fondo, permitiéndole a éste deducirlas directamente ante el órgano contencioso-administrativo, mediante la impugnación de esa desestimación presunta, pero sin obligarle a ello, de tal forma que podrá esperar a la resolución expresa de su recurso, y si lo hace, y si se sigue sin producir, cuando posteriormente quiera acudir a la vía contencioso-administrativa nunca se le podrá reprochar la extemporaneidad en la formulación de su recurso.

Ello es así porque la desestimación presunta no es propiamente un acto administrativo que ponga fin a la vía administrativa, sino una mera ficción legal que se establece en beneficio del interesado, para permitirle ese acceso ante las situaciones de incumplimiento del deber de resolución expresa de los procedimientos administrativos dentro de plazo, en este caso de un recurso administrativo.

Se trata de un mecanismo establecido, en casos como el que nos ocupa, para favorecer el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, y que el mismo no se vea entorpecido o dilatado por la pasividad de la Administración y el incumplimiento de su deber de resolución expresa dentro de plazo de los recursos administrativos. Y en ese acceso lo que se podía pretender por el recurrente, de conformidad con el régimen jurídico general de las pretensiones ejercitables en vía contencioso-administrativa establecido en el artículo 31 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , es la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación; pudiendo también pretenderse el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Debe destacarse, en cambio, que el régimen jurídico de las pretensiones ejercitables frente a la inactividad, en el sentido estricto que tiene este concepto en el artículo 29 de la LJCA , es el previsto en el artículo 32 de la LJCA 29/1998 , que establece lo siguiente:

"Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas."

Los conceptos de inactividad y desestimación por silencio son, por tanto, diferenciados, y definen categorías distintas de actividad administrativa impugnada, estando sometidas a un régimen jurídico distinto, en cuanto a las pretensiones ejercitables en cada caso, como se desprende del propio articulado de la LJCA 29/1998, en la definición del régimen jurídico de las pretensiones, y de la propia exposición de motivos de la Ley jurisdiccional, en su apartado V, que explica las singularidades del recurso contra la inactividad de la Administración, en los siguientes términos:

" Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas."

QUINTO: Sobre la ausencia de efecto útil de la pretensión deducida.

De lo expuesto en el fundamento de derecho anterior se desprende que la ausencia de resolución del recurso administrativo reposición interpuesto por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 contra la resolución de otorgamiento de la licencia de primera ocupación, una vez transcurrido el plazo legalmente establecido, no es constitutivo de un supuesto de inactividad en sentido propio, como



categoría específica de actividad omisiva susceptible de impugnación, sino una desestimación por silencio, lo que conlleva la aplicación de un régimen jurídico procesal distinto, en particular en cuanto al plazo para el ejercicio de la acción y el tipo de pretensión ejercitable.

Sin embargo, la actora ejerció la acción por inactividad, con cita expresa del artículo 29 de la LJCA, utilizando en su demanda ese término ("inactividad") y ejercitando la pretensión propia de esa categoría de actuación omisiva susceptible de recurso, esto es, la pretensión de condena a superar esa inactividad y cumplir la obligación omitida (en este caso, la de resolución expresa).

La demanda presentada ha generado una situación paradójica, ya que quien pudiendo pedir la anulación de la desestimación presunta de su recurso administrativo de reposición y, por consiguiente, la estimación de la pretensión anulatoria incorporada al mismo, con anulación de la resolución de concesión de licencia de primera ocupación recurrida en vía administrativa, se limitó a ejercitar una pretensión distinta, en realidad de menor alcance, al limitarse a solicitar una condena a la Administración a que resuelva de forma expresa.

Debemos advertir que el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de esa pretensión, en los términos que ha sido formulada por la parte demandante, sería inexistente. No es objeto de controversia, y no lo puede ser porque responde a la aplicación del régimen legal del silencio administrativo negativo conforme a la LRJPAC 30/1992, después de la reforma introducida por la Ley 4/1999 y la unánime jurisprudencia posterior interpretativa de la misma, que la Administración, al margen de esa pretensión de condena solicitada por la demandante, y al margen y con independencia de su estimación o desestimación, seguía, y sigue estando obligada a dictar la resolución expresa del recurso de reposición, lo que evidencia que la condena pretendida ningún efecto relevante tendría respecto a la resolución de dicho recurso administrativo, porque la obligación de resolución expresa no tiene que ser objeto de declaración y condena judicial, sino que viene establecida *ex lege*, y de hecho no ha sido cuestionada en ningún momento por la Administración la existencia de esa obligación.

Debe resaltarse, como evidencia del inadecuado planteamiento procesal de la actora, la inanidad de una eventual sentencia estimatoria, que ningún beneficio apreciable tendría para la esfera jurídica de la demandante, ya que comportaría el reconocimiento de la obligación administrativa de realizar una actividad resolutoria a la que ya venía (y viene) obligado *ex lege* el Concello antes de cualquier pronunciamiento de condena, sin que esa condena solicitada pueda añadir nada a lo que ya viene establecido legalmente, cuando además esa obligación de resolución expresa nunca ha sido discutida por el Concello en cuanto a su existencia, sino que simplemente ha sido incumplida.

Precisamente para dar respuesta a este tipo de situaciones omisivas en el incumplimiento del deber de resolución expresa de los recursos administrativos se articula la ficción legal del silencio administrativo. La LRJPAC 30/1992 y la LJCA 29/1998 no determinan que el incumplimiento del deber de resolución expresa de un recurso administrativo dentro del plazo determine la existencia de una inactividad ante la cual la ley procesal legitime al interesado para pedir judicialmente la condena a que se resuelva de forma expresa. Y no lo hacen porque es innecesario pedir la imposición de esa obligación, al establecerse de forma específica la misma por la propia LRJPAC 30/1992, disponiendo en su artículo 42 que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, especificando el artículo 43.3 el régimen al que se sujeta esta obligación resolutoria tanto en los casos de silencio administrativo positivo como en los casos de silencio administrativo negativo, disponiendo para este último supuesto que "la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio."

SEXTO: Sobre la congruencia de la sentencia y el tipo de acción ejercitada.

Como se colige de los anteriores fundamentos de derecho, el planteamiento del demandante ha sido erróneo, al ejercitar una acción contra una "inactividad", deduciendo la pretensión de condena al cumplimiento de la obligación legalmente establecida (en este caso, de dictar resolución expresa), pretensión propia de este tipo de situaciones omisivas, cuando en realidad lo que procedía era la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de su previo recurso administrativo de reposición, en el que las pretensiones deducibles eran la de anulación de esa desestimación presunta y la anulación de la resolución recurrida en vía administrativa.

Uno de los motivos del recurso de apelación es la incongruencia de la sentencia, por no haber acogido la inadmisibilidad del recurso planteada por las partes demandada y codemandada y haber procedido a su desestimación. En realidad no se aprecia tal incongruencia, ya que el hecho de que las partes demandadas aleguen una causa de inadmisibilidad por extemporaneidad en la formulación del recurso contencioso-administrativo contra la inactividad no es óbice para que el órgano judicial pueda analizar la concurrencia efectiva de los presupuestos procesales necesarios para apreciar la inactividad.



Y es que la aplicación de dichos plazos procesales para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra uno de los dos tipos de inactividad definidos en los apartados 1 y 2 del artículo 29 arranca de una premisa básica anterior: que concurra de forma efectiva alguna de esas situaciones de inactividad.

Si no se aprecia en el caso que la "Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas", carece de sentido valorar el transcurso del plazo de tres meses desde la fecha en que quienes tuvieran derecho a ella reclamen de la Administración el cumplimiento de dicha obligación y, por tanto, no sería aplicable el plazo de dos meses computado desde el vencimiento del plazo de tres meses sin que la Administración hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados.

Por la misma razón, si no se ha producido una petición de ejecución de acto firme frente a una inactividad en esa ejecución, carece de sentido analizar la cuestión del plazo de recurso jurisdiccional computado desde el vencimiento del plazo de un mes iniciado con esa petición de ejecución de acto firme.

Y lo cierto es que la sentencia razona por qué en el caso del expediente administrativo sometido a revisión jurisdiccional no había inactividad, en el sentido del artículo 29 de la LJCA, sino una desestimación por silencio, lo que determina la inaplicabilidad de los plazos de recurso jurisdiccional establecidos para los tipos de inactividad regulados en el artículo 29. Habiendo una desestimación por silencio, no hay plazo de caducidad para la interposición del recurso contencioso-administrativo, tal y como alega el apelante en su recurso contencioso-administrativo, y por ello no puede reputarse de incongruente a la sentencia por el hecho de que no haya declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por estar formulado fuera de los plazos establecidos en el artículo 46 en relación con el artículo 29.

Por lo demás, y para dar una respuesta conjunta a todos los motivos del recurso de apelación, procede indicar que resulta paradójico que el demandante fundamente su recurso de apelación en toda la jurisprudencia recaída sobre la configuración del silencio negativo como mera ficción legal, sobre la ausencia de obligación del interesado de recurrirlo en vía judicial en plazo determinado -por no ser un verdadero acto administrativo que ponga fin a la vía administrativa-, y sobre su derecho a esperar una resolución expresa, que la Administración sigue obligada a dictar. Tales planteamientos jurisprudenciales son incuestionables, pero ninguno de ellos es quebrantado por la sentencia, ya que el demandante no ejercitó la acción que podía ejercitar -esto es, la impugnación de la desestimación presunta de su recurso de reposición, solicitando su anulación y la anulación de la resolución recurrida en vía administrativa- sino que ejercitó una acción distinta, la de condena por inactividad, solicitando la condena a resolver de forma expresa, esto es, solicitando algo distinto a lo que podía interesar, siendo el contenido de su pretensión ajeno a lo que es propio de una impugnación de una desestimación presunta, además de inane, en la medida en que su estimación en nada mejora la situación jurídica de la recurrente y nada añade a la obligación legalmente establecida y no controvertida de resolver de forma expresa el recurso.

La alegación en sede de recurso de apelación de toda la jurisprudencia sobre el silencio administrativo negativo no permite a este órgano de segunda instancia apartarse de los concretos términos en los que se planteó la demanda, que no se formuló contra ninguna desestimación presunta de un recurso administrativo, término que ni siquiera se emplea, sino contra una inactividad.

Ciertamente la redacción de los actos procesales de la actora rectores del proceso de instancia dista de la claridad y precisión necesaria a la hora de identificar el tipo de actividad administrativa impugnada, ya que no hay un apartado específico en ninguno de los dos escritos de demanda en el que de forma expresa y explícita se identifique el objeto del recurso contencioso-administrativo y su encuadre en uno de los tipos de actividad administrativa recurrible del artículo 25 de la LJCA 29/1998, todo lo cual se ha de deducir de la lectura conjunta de su contenido. Ese contenido comienza con la exposición de una serie de hechos, que termina con la expresión de que la Administración ha incumplido su inexcusable obligación legal de resolver, eludiendo su deber de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y notificarla, y pidiendo en consecuencia que se condene y obligue a la Administración demandada para que cumpla su inexcusable obligación legal de resolver (el recurso potestativo de reposición interpuesto) y al mismo tiempo que se condene y obligue a la Administración que inicie e incoe el correspondiente expediente exigiendo responsabilidades disciplinarias a los funcionarios o personal incumplidores.

A continuación se recogen en la demanda los fundamentos de derecho, con la cita de preceptos legales determinantes de la competencia, legitimación, procedimiento, cuantía y se reitera que la Administración ha incumplido su obligación de resolver. En el apartado VI, titulado "inactividad y cumplimiento de sus obligaciones" cita los artículos 25, 29, 32 y concordantes de la LJCA, indicando que "se puede impugnar la imposibilidad de continuar el procedimiento, o la producción de indefensión, o a cumplir una obligación, o cuando



existe inactividad. Y es notorio que el Ayuntamiento impide continuar el procedimiento al no resolver el recurso planteado, lo que causa indefensión a este administrado, aunando a ello que el Ayuntamiento incumple su deber de resolver expresamente, obligación impuesta por la ley y que en consecuencia no puede eludir, solicitando esta parte que se obligue a la Administración a cumplir con su deber legal y que se le ordene cesar en su inactividad e incumplimiento reiterado".

Por otro lado, el actor inicia el procedimiento con un escrito de demanda, lo que es propio del procedimiento abreviado (propio de la inactividad ex artículo 29.2 de la LJCA 29/1998), y de hecho señala en la fundamentación que es aplicable ese procedimiento, aunque sin explicar la razón. Si bien es cierto que termina el escrito dejando a la *auctoritas* y al mejor saber y entender del Juzgado el establecimiento de los trámites que procedan (ordinario y abreviado).

Por todo ello, no cabe considerar, ni siquiera en una interpretación antiformalista, que se hubiera deducido el recurso contencioso-administrativo contra una desestimación por silencio del recurso administrativo de reposición, ya que ni se menciona ese término, ni los artículos reguladores de las desestimaciones presuntas, ni se ejercita la pretensión ejercitable ante una desestimación presunta, sino que se utiliza el término inactividad, se cita el artículo 29 y se ejercita la pretensión de condena prevista en el artículo 32.1 de la LJCA 29/1998 para estas situaciones omisivas determinantes de inactividad ex artículo 29, cuando no concurrían los presupuestos de ninguno de los tipos de inactividad previstos en dicho precepto.

SÉPTIMO: Sobre la ausencia de inactividad en sentido estricto y la consiguiente imposibilidad de estimación del recurso de apelación.

De todo lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores se desprenden, en síntesis, las siguientes conclusiones:

1ª. La parte demandante no identifica en su demanda de forma idónea la actuación impugnada ni la encuadra adecuadamente en una de las tipologías legalmente establecidas como presupuesto del proceso, pero sí se deduce del contenido de su escrito de demanda que la actuación contra la que se dirige es una inactividad, al citar expresamente ese término, el artículo 29 de la LJCA regulador de la inactividad, el artículo 32 regulador de la pretensión de condena ejercitable frente a la inactividad, y al formular la pretensión propia de estas situaciones omisivas, esto es, la de condena al cumplimiento de las obligaciones, en este caso la de resolver de forma expresa.

2ª. No concurren en este caso los presupuestos de una inactividad en el sentido del artículo 29 de la LJCA , sino los de una desestimación por silencio del recurso administrativo de reposición, ante la cual la actora estaba legitimada para, a su elección:

a) Acceder a la vía contencioso-administrativa, identificando como actuación administrativa impugnada la desestimación presunta de su recurso administrativo de reposición y la propia resolución de concesión de licencia de primera ocupación recurrida en vía administrativa, e interesando, en congruencia con ese objeto de recurso, la anulación de la desestimación presunta del recurso de reposición y la consiguiente anulación de la resolución de otorgamiento de la licencia de primera ocupación impugnada con dicho recurso administrativo (cosa que no ha hecho).

b) No recurrir esa desestimación presunta y esperar el dictado de la resolución expresa, que la Administración, ex lege y al margen y con independencia de cualquier condena judicial, sigue obligada a dictar, precisamente porque la desestimación presunta no tiene la naturaleza de acto administrativo finalizador del procedimiento que exima a la Administración de su obligación de resolver de forma expresa el recurso, sino que es una mera ficción legal, de la que el interesado puede hacer uso, a su elección, para que en cualquier momento -sin sujeción a plazo de caducidad- pueda acceder a la jurisdicción para conseguir la estimación de lo pretendido en su recurso, y por ello también puede optar por esperar a la resolución expresa.

3ª. La actora no ejerció una acción de impugnación de la desestimación presunta de su recurso de reposición, sino una acción distinta, configurada legalmente para las situaciones de inactividad previstas en el artículo 29 de la LJCA , ninguna de las cuales concurre en el presente caso.

Acierta la sentencia de instancia cuando señala que no estamos ante una inactividad del artículo 29 de la LJCA 29/1998 , y es claro que se ha producido un defecto procesal en la calificación jurídica contenida en la demanda, de carácter esencial, al confundir el tipo de acción ejercitable, lo que se ha traducido en la elección de una acción por inactividad, con la formulación de una pretensión de condena que no es la adecuada para solventar este tipo de situaciones, en las que el acceso a la tutela judicial se garantiza mediante la creación de la ficción legal del silencio administrativo negativo, y con la legitimación del interesado para acudir, a su elección, a la vía contencioso-administrativa al amparo de esa ficción legal, si no quiere seguir esperando la resolución expresa.



Ciertamente desde esa perspectiva lo lógico hubiera sido que la petición realizada en función del silencio negativo hubiera sido otra y de mayor alcance, esto es, la de anulación de la desestimación presunta y la anulación del acto recurrido en reposición, algo que podía haber pedido la parte demandante; y si ello hubiera sido así las deficiencias de la demanda a la hora de definir y concretar el tipo de actuación administrativa impugnada se hubieran podido orillar, en una aplicación *pro actione*, que atendiera a la sustancia del recurso, si en este se hubiese planteado el debate de la validez de la resolución recurrida en vía administrativa (cosa que no se hizo).

En este caso esa recalificación de la demanda no se puede realizar, ya que no se trata meramente del uso impropio del término inactividad o la cita desacertada del artículo 29 de la LJCA, sino de la formulación de una pretensión de condena al cumplimiento de la obligación (resolutiva, en este caso) propia de las situaciones de inactividad en sentido estricto y que no es la procedente en las impugnaciones de las desestimaciones por silencio administrativo negativo. Y los concretos términos del *petitum* definen de forma estricta los límites de la congruencia, de tal forma que solo nos podríamos pronunciar sobre la concreta petición realizada por la demandante (esto es, la condena a resolver de forma expresa el recurso); y por las razones expuestas, esta no es la pretensión ejercitable en razón del tipo de actividad omisiva impugnada, que era una desestimación por silencio de un recurso administrativo interpuesto contra un acto definitivo expreso que puso fin a la vía administrativa, ante la cual lo procedente no es que la jurisdicción contencioso-administrativa dicte una condena que no sería más que un mero recordatorio de una obligación legalmente establecida, sino que solucione la controversia directamente, pronunciándose sobre la validez o nulidad de la resolución recurrida en vía administrativa, esto es, sobre la validez o nulidad de la desestimación presunta que, como ficción legal, el interesado puede impugnar.

En virtud de lo expuesto, debemos desestimar el recurso de apelación, poniendo de manifiesto que existe una desconexión entre la demanda -dirigida contra una inactividad- y las argumentaciones del recurso de apelación -referido a las posibilidades impugnatorias sin sujeción a plazo de las desestimaciones por silencio, y su carácter de ficción legal establecida para no favorecer a la Administración incumplidora de sus obligaciones resolutorias-.

Sin que sea controvertido que la Comunidad demandante podía haber impugnado una desestimación por silencio, lo cierto es que no lo hizo, ni formuló el tipo de recurso ni dedujo el tipo de pretensiones deducibles ante esa ficción legal, lo cual justifica la desestimación de su recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia, sin que ello afecte a la subsistencia de la obligación legal de la Administración municipal de dictar resolución expresa del recurso administrativo de reposición, que se mantiene. Ello evidencia que en realidad no hay significativas diferencias en la situación jurídica derivada del expediente entre una estimación y una desestimación de la pretensión deducida en la demanda, incorrectamente formulada, al pretender que la obligación de resolución expresa del recurso de reposición dependía de un pronunciamiento judicial de condena, cuando en realidad es ajena al mismo, y se deriva de la propia ley, y se mantiene a pesar de la desestimación del recurso de apelación.

En cuanto a la incoación de expediente disciplinario solicitada en vía administrativa, no se ha aportado ninguna argumentación específica que permita revisar la fundamentación ofrecida en la sentencia, que no es objeto de crítica en este aspecto concreto en el recurso de apelación, por lo que nos debemos remitir a esa argumentación de la sentencia de instancia, insistiendo en que se trata de un expediente que se incoa de oficio y que no se atisba que la imposición de una sanción disciplinaria a concretos funcionarios vaya a suponer ningún tipo de beneficio o ventaja en la esfera jurídica de la recurrente en apelación.

Por todo lo expuesto, el recurso de apelación se debe desestimar.

OCTAVO: Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

En el presente caso se produce una situación paradójica, ya que se ha ejercitado una pretensión en la instancia de menor alcance que la petición deducible en este tipo de situaciones omisivas determinantes de un silencio administrativo negativo, y a ello se suma a la constatación de un evidente incumplimiento de la obligación de resolución expresa del recurso administrativo por parte de la Administración. Además, la obligación de dictar resolución expresa a cuyo cumplimiento la actora pretendía condenar a la Administración sigue existiendo, aunque no como consecuencia de la estimación de su pretensión judicialmente deducida; y a pesar del largo tiempo transcurrido la Administración persiste en ese incumplimiento.



Por todo ello procede no hacer imposición de las costas procesales a ninguna de las partes en esta segunda instancia, ponderando, por un lado, el inadecuado planteamiento procesal de la actora y, por otro lado, la actitud incumplidora de sus obligaciones resolutorias por parte de la Administración durante un dilatado periodo de tiempo, como razones determinantes de esa no imposición de las costas al apelante, a pesar de la desestimación de la apelación. Todo ello sin perjuicio del pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia contenido en la sentencia recurrida, que no se revoca.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de A Coruña nº 94/2017, de 30 de mayo de 2017, en el procedimiento ordinario 215/2015, y **CONFIRMAMOS** la sentencia recurrida en apelación.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales de la segunda instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa .

Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre .

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.