

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1.126/2020

Fecha de sentencia: 27/07/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 899/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/07/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Queda expedita indefinidamente –en tanto no recaiga resolución expresa– la vía jurisdiccional en la desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial ya impugnada en proceso finado con sentencia firme de inadmisibilidad en aplicación del art. 45.2.b) LJCA.

R. CASACION núm.: 899/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1126/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D.^a. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 27 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 899/2019, interpuesto por la procuradora Dña. Elvira Encinas Lorente (con la asistencia letrada de D. Luis de Manuel Martínez), actuando en nombre y representación de las mercantiles “DESARROLLOS Y PROMOCIONES MIRAFLORES, S.L.”, “PRODELAVIR, S.L.”, “REUNION DE PROMOCIONES MIRAFLORES, S.L.”, “URBANIZADORA DUCAL MIRAFLORES, S.L.”, “LAS ERRENES PROYECTOS S.L..6-PROLANAVA PROMOCIONES, S.L.”, y, “ERRENES DE MIRAFLORES, S.L.”, contra la sentencia –nº 872/18, de 12 de noviembre- dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid,

por la que se inadmite, por cosa juzgada formal e inexistencia de acto administrativo recurrible, el P.O. 1355/16, deducido frente a la desestimación presunta de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas (escrito de 14 de enero de 2011) frente a la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Miraflores, como consecuencia de la aprobación del Decreto 96/2009, de 18 de noviembre, del Consejo de Gobierno Comunidad de Madrid, que aprobó la ordenación de los recursos naturales de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid (BOCAM de 14 de enero de 2010).

Han sido partes recurridas la Comunidad de Madrid, representada y asistida por un Letrado de sus Servicios Jurídicos y el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, representado por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque.

Siendo ponente la Excm.a. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano, en sustitución del Ponente inicialmente designado –Excmo. Sr. D. Javier Borrego y Borrego- que, discrepando del criterio mayoritario, formula voto particular.

Ha sido ponente la Excm.a. Sra. D.ª Inés Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Antecedentes:

1.- Las actoras –aquí también recurrentes- en escrito presentado el 14 de enero de 2011 presentaron reclamación de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones recurridas por los perjuicios ocasionados –a) Costes de adquisición de las fincas que detalla, a razón de 14.-€/m²; b) Indebida privación de los rendimientos económicos/ a su

valor de mercado, con indemnización por cada uso urbanístico asignado en el Convenio urbanístico suscrito con el Ayuntamiento el 8 de agosto de 2005 (vivienda unifamiliar libre, 44.000 m² a 1200 €/m²; Vivienda colectiva, 171.600 m² a 1.100 €/m²; Hotel turismo, 15.000 m² a 1.200 €/m²; terciario comercial 81.305 m² a 800 €/m²); c) Daños por gastos negociación, tramitación, estudio de la documentación y demás con ocasión del convenio, incluidos los gastos y honorarios de profesionales y técnicos, estimados indiciariamente en el 15% de los apartados anteriores- como consecuencia de la aprobación del PORN que impidió los desarrollos urbanísticos previstos en el Convenio y para cuya materialización se adquirieron las fincas, **sin que hasta la fecha se haya dado respuesta alguna a dicha reclamación.**

2.- Frente a esa desestimación presunta, las mercantiles concernidas interpusieron recurso contencioso-administrativo que se tramitó –por la Sección Primera de la Sala de Madrid- bajo el número P.O. 79/12, concluyendo con sentencia de 4 de mayo de 2016, por la que, acogiendo la excepción procesal opuesta por el Ayuntamiento de Miraflores en su contestación de la demanda (frente a la que no formularon alegación alguna las actoras, ni subsanaron el defecto denunciado), inadmitió el recurso en aplicación del art. 45.2.d) LJCA (no haber aportado «el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación»). La sentencia, que fue notificada el 10 de mayo de 2016, devino firme al no haber sido impugnada.

3.- Las recurrentes interpusieron nuevamente recurso contencioso-administrativo «Contra la desestimación presunta por silencio administrativo de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial formuladas en escrito de 14 de enero de 2011, contra la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Miraflores, como consecuencia de la aprobación del Decreto 96/2009, de 18 de noviembre, del Consejo de Gobierno Comunidad de Madrid, por el que se aprueba la ordenación de los recursos naturales de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, publicado el 14 de enero de 2010 en el Boletín Oficial de la

comunidad de Madrid (BOCAM); siendo partes demandadas la COMUNIDAD DE MADRID , representada y asistida de su letrada; el AYUNTAMIENTO DE MIRAFLORES DE LA SIERRA (MADRID) , representado por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque», tramitado como P.O. 1355/16 por la ya citada Sección Primera de la Sala de Madrid, en el que, tras hacer uso la Sala de la facultad que le otorga el art. 33.2 LJCA, dictó sentencia –nº 872/18, de 12 de noviembre- que inadmitió «por concurrencia de cosa juzgada formal e inexistencia de acto administrativo recurrible, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DESARROLLOS Y PROMOCIONES MIRAFLORES SL, PRODELAVIR SL, REUNIÓN DE PROMOCIONES MIRAFLORES SL, URBANIZADORA DUCAL MIRAFLORES SL, LAS ERRENES PROYECTOS SL, PROLANAVA PROMOCIONES SL, Y ERRENES DE MIRAFLORES SL, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación patrimonial formulada, el 14 de enero de enero de 2011, frente a la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Miraflores.....».

SEGUNDO.- La sentencia recurrida:

En la referida sentencia se decía «El acto administrativo impugnado en dicha resolución judicial es el mismo objeto de este procedimiento: desestimación presunta de la reclamación patrimonial formulada por dichas entidades, el 11 de enero de 2011, contra la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Madrid, en relación con el Decreto 96/2009 de 18 de noviembre del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (publicado en el BOCAM de 14 de enero de 2010), de aprobación de la ordenación de los recursos naturales de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid (PORN). Como se recoge en el hecho segundo del respectivo escrito de reclamación, al producirse esa publicación de dicho instrumento de ordenación hubo una descatalogación de terrenos propiedad de las reclamantes, que pasaron a ser suelo no urbanizable de protección, que impide su desarrollo urbanístico, incumpléndose los convenios urbanísticos firmados y derivándose unos daños a dichas interesadas al impedir todo aprovechamiento real edificatorio en el legítimo derecho de propiedad (art. 33 de la CE).

En definitiva, ese acto administrativo objeto este proceso ya lo fue del indicado recurso contencioso administrativo causante del mencionado procedimiento ordinario 79/2012, que finalizó con esa sentencia firme de inadmisión que determina la firmeza de dicho acto administrativo>>. Con cita de SsTC y de este T.S., recordaba que el <<derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto e incondicional, sino uno de configuración legal que se satisface tanto si el Juez o Tribunal resuelve sobre las pretensiones de las partes como si inadmite un proceso en virtud de la aplicación, razonada en derecho y no arbitraria, de una causa legal, por lo que no

comprende la obtención de una resolución judicial sobre el fondo del asunto cuando no concurren los requisitos procesales pues, aunque la tutela judicial ha de ser dispensada efectivamente a todas las partes y personas afectadas en y por el proceso, ello ha de hacerse también ateniéndose a las normas procesales de imperativa observancia que lo pautan.....En consecuencia, a la vista de todo lo expuesto, en el presente caso concurre, como apuntaba ya el ayuntamiento demandado en su escrito de alegaciones, cosa juzgada formal del artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (aplicable supletoriamente a esta jurisdicción -disposición final primera de la LJCA-), respecto a la sentencia dictada en ese procedimiento ordinario 79/2012 sustanciado ante esta Sala por las mismas partes y sobre el mismo objeto, dado que la misma adquirió firmeza al no recurrirse.

La citada sentencia no entró a valorar el fondo del asunto, pero ese carácter de cosa juzgada formal determina en el presente caso además la no concurrencia del requisito legal de impugnarse un acto administrativo recurrible en los términos exigidos por artículo 28 de la LJCA (No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma).

Por todo lo razonado, se ha de inadmitir el presente recurso contencioso administrativo por las causas de inadmisibilidad del artículo 69,c) y d) de la misma ley (La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación; d) Que recayera sobre cosa juzgada), impidiendo ello valorar las otras causas de inadmisibilidad alegadas y el fondo del asunto».

TERCERO.- Preparación del recurso de casación:

La representación procesal de las recurrentes presentó escrito de preparación del recurso de casación fundamentado en el art. 88.2.a) y c) y 88.3.a) LJCA. Mediante auto de 30 de enero de 2019, la Sala de Instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

CUARTO.- Admisión del recurso:

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, la Sección de Admisión de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó auto (13 de mayo de 2019) que acordó:

«1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 899/2019 preparado por la representación procesal de las entidades mercantiles DESARROLLOS Y PROMOCIONES MIRAFLORES SL, PRODELAVIR SL, REUNIÓN DE PROMOCIONES MIRAFLORES SL, URBANIZADORA DUCAL MIRAFLORES SL, LAS ERRENES PROYECTOS SL, PROLANAVA PROMOCIONES SL y ERRENES DE MIRAFLORES SL contra la sentencia nº 872/2018, de 12 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que inadmite, por concurrencia de cosa juzgada formal e inexistencia de acto administrativo recurrible, el recurso nº 1355/2016.

2º) Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la concurrencia de cosa juzgada formal puede actuar como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acto presunto por silencio administrativo, dejando imprejuizado el debate jurídico de fondo.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 46.1, 69.c) y 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.».

QUINTO.- Interposición del recurso y oposición:

Las mercantiles fundan su recurso: **a)** Inexistencia de cosa juzgada: La sentencia impugnada declara en primer lugar que el recurso es inadmisibile por concurrir “cosa juzgada formal” en aplicación del artículo 207 de la LEC. Sin embargo, dicho precepto/institución de la cosa juzgada para declarar la inadmisibilidad no resulta de aplicación al presente caso en el que en la primera sentencia RESULTA IMPREJUZGADA LA ACCIÓN (que es lo fundamental con independencia de que sea o no el mismo acto). La exigencia y aplicación de que la cosa juzgada se hace depender de que en la primera sentencia se haya procedido a un enjuiciamiento definitivo del debate jurídico que se planteó, de forma que, en tal caso, se produce el efecto de la cosa juzgada, mas no ocurre lo mismo de haber quedado imprejuizado ese

debate, por ejemplo, al haberse admitido una excepción. Una sentencia que se limita a acoger una causa de inadmisibilidad sin entrar en el fondo de la pretensión formulada no surte, en principio, efectos de cosa juzgada en el segundo proceso. Aplicado a nuestro caso, implica que la primera sentencia que se limitó a acoger una causa de inadmisibilidad (por defecto en el poder) sin entrar en el fondo de la pretensión formulada no surte efectos de cosa juzgada en este segundo proceso; **b)** Existe acto administrativo recurrible, produciéndose la indebida aplicación -por la sentencia recurrida- de los siguientes preceptos de la LJCA:

-Art. 46.1, ya que entiende que el recurso contencioso administrativo no se habría interpuesto contra un acto administrativo en el plazo indicado en el precepto. Sin embargo la doctrina correcta -jurisprudencial y constitucional- establece que en los supuestos de silencio administrativo negativo el silencio es una ficción legal (que no un auténtico acto presunto) creado en garantía del administrado que permite entender denegada su solicitud, sin perjuicio del deber de contestar expresamente de la administración, y que, por tanto, el recurso contencioso administrativo contra dicha desestimación presunta (a la que se le da siempre carácter de impugnación ante la jurisdicción) es admisible en cualquier momento, es decir no está sometido a plazo puesto que no se puede poner en peor situación al administrado (imponiéndole un plazo para interponer el recurso contencioso) cuando la Administración gozaría del privilegio de poder contestar sin plazo alguno.

-Art. 28, aplicado por la sentencia impugnada al considerar la imposibilidad de plantear recurso contencioso administrativo contra actos reproductivos definitivos y firmes. Sin embargo, no goza de tal carácter la ficción legal de la desestimación por silencio negativo en este caso, puesto que sobre el objeto del recurso contencioso no hubo pronunciamiento judicial sobre el fondo, estando abierta su impugnación en cualquier momento mientras no se produzca su resolución expresa.

Las Administraciones recurridas, en sendos escritos, se opusieron al recurso. La Abogacía General de la Comunidad de Madrid, reconoce que sólo existe cosa juzgada formal, ya que la sentencia no se pronunció

sobre el fondo, siendo claro, en este aspecto, el art. 222 LEC que hace referencia solo a las sentencias firmes que se pronuncian sobre el fondo y no a las resoluciones que pongan fin al proceso por carecer de algún presupuesto procesal. No obstante, dice, la cosa juzgada formal y material son conceptos procesales distintos, pero no excluyentes sino complementarios. En todo caso la acción que se ejercita en el segundo recurso contiene la misma pretensión indemnizatoria con idénticos argumentos, postulando, de forma subsidiaria, si se estimase el recurso de casación, la devolución de las actuaciones a la Sala de instancia para que se pronuncie sobre el resto de las causas de inadmisibilidad planteadas.

El Ayuntamiento de Miraflores, por su parte, sostuvo la validez de decisión de inadmisibilidad de la sentencia recurrida, con cita en numerosas sentencias de este T.S., de las que, sin abordar la cuestión aquí planteada, pretende su aplicación al supuesto de autos.

SEXTO.- Señalamiento:

Para deliberación, votación y fallo, se señaló la audiencia del día 14 de julio de 2020, que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el auto de admisión y al que hemos de dar respuesta es, básicamente: sí existiendo una sentencia previa firme –con efectos de cosa juzgada formal- en la que, por apreciar una excepción procesal, no hubo pronunciamiento de fondo en relación con una desestimación presunta impugnada, cabe –“sine die”, en tanto la Administración no dicte resolución expresa- deducir, nuevamente, en sede jurisdiccional la misma acción contra dicha desestimación presunta,

y, los preceptos propuestos a tomar en consideración para la respuesta son los arts. 46.1, 69.c) y 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Lo primero que hemos de aclarar es que nada o muy poco tiene que ver la cosa juzgada formal (art. 207 LEC) con la cosa juzgada material (art. 222 LEC), salvo que la cosa juzgada formal –firmeza de una, cualquiera, resolución judicial- es presupuesto inexcusable, aunque no siempre suficiente, de la cosa juzgada material, que es el efecto procesal que producen, exclusivamente, las sentencias firmes estimatorias o desestimatorias –pero no todas-, y que se traduce en su invariabilidad y permanencia en el tiempo, impidiendo un proceso posterior sobre el mismo objeto (efecto negativo), con identidad de sujetos y causa de pedir (inatacabilidad indirecta del resultado procesal), y/o, operando como antecedente lógico de otro proceso posterior (efecto positivo de la cosa juzgada material), siempre que los litigantes sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

El instituto de la cosa juzgada –que, en puridad, se refiere a la cosa juzgada material, considerando algún sector doctrinal que la llamada cosa juzgada formal debería denominarse “preclusión”, pues hace referencia a la imposibilidad de recurrir una decisión judicial cuando han transcurrido los plazos legalmente establecidos para ello (art. 207.3.4 LEC)- es una creación del Derecho Procesal Civil, de ahí, sin perjuicio de su aplicabilidad al proceso contencioso por la vía de la Disposición final Primera LJCA, que su regulación se encuentre en la Ley Procesal Civil, en el seno de la cual despliega sus plenos efectos.

Dicho esto, la cosa juzgada formal o firmeza se predica, como acabamos de decir, de toda **resolución judicial** que sea insusceptible de impugnación, bien porque era ya firme por naturaleza (contra ella no cabía recurso alguno), bien porque no se hubiera impugnado en los plazos establecido para ello. No puede ser atacada directamente.

Ahora bien, tal como está planteada la cuestión parece que a lo que está aludiendo, es al efecto negativo de la cosa juzgada material: esto es si cabe plantear un nuevo proceso con el mismo objeto.

En el proceso contencioso-administrativo, donde el presupuesto de acceso al mismo es una actuación administrativa previa y el plazo de impugnación es muy breve –dos meses (art. 46.1 LJCA) cuando lo que se recurre es un acto expreso-, aunque la sentencia sea de inadmisibilidad, dejando imprejuizado el fondo, materialmente no será posible interponer nuevo recurso contra el mismo acto, pues la acción habrá caducado, circunstancia esencial que no concurre cuando el recurso se deduce frente a una desestimación presunta (ficción legal –no acto- encaminada a posibilitar el acceso al proceso en beneficio del administrado que no viene obligado, si así lo considera oportuno, a esperar que la Administración cumpla con su deber de resolver expresamente), pues en estos casos la acción no está sometida a plazo de caducidad de ninguna clase, dado que el plazo de seis meses establecido en el referido art. 46.1 ha sido materialmente derogado como consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional, plasmada, entre otras, en su sentencia 52/14, de 10 de abril de 2014, en la que se dice que tras la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que introdujo varias modificaciones técnicas relevantes en la ordenación del silencio administrativo, siendo la más relevante «la vuelta a una regulación de los efectos del silencio administrativo cercana a la vigente con anterioridad a la Ley 30/1992. La Ley precisa ahora que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, y que en cambio la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (art. 42.2 LPC). Con ello se desechó la construcción del “acto presunto de carácter desestimatorio” entendido hasta entonces por el legislador como un acto administrativo dotado de un contenido determinado (denegatorio), y se volvió a la configuración tradicional de los efectos del silencio negativo, como mera ficción procesal habilitada por el legislador para dejar expedita la vía impugnatoria procedente. También se precisa ahora que, en los supuestos en los que se producen los efectos del silencio negativo, la Administración mantiene la obligación de resolver expresamente,

“sin vinculación alguna al sentido del silencio” [art. 43.3 b) LPC]. La propia expresión “acto presunto” desapareció de los arts. 43 y 44 LPC», lo que le lleva a concluir que «..... se puede entender que, **a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 LJCA**» (la negrita y el subrayado es nuestro), en línea con su anterior sentencia 14/2006.

Con arreglo a esta doctrina cabe realizar las siguientes afirmaciones: **a)** El silencio administrativo no es un acto presunto sino una ficción legal para permitir –salvaguardando así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- el acceso al proceso en los casos en los que la Administración incumple su deber de resolver expresamente; **b)** Su impugnación no está sujeta a plazo de caducidad, siendo inaplicable lo dispuesto en el art. 46.1 LJCA; **c)** Todo recurso inadmitido por razones formales no impide el ejercicio posterior de la acción con idéntica pretensión; **d)** La desestimación presunta impugnada no es reproducción de la anterior desestimación presunta, sino la misma. El hecho de no haber recurrido la primera sentencia que inadmitió el recurso por un defecto formal, no tiene otro significado que el aquietamiento de la parte a esa excepción procesal, sin que ello impida accionar nuevamente, una vez subsanado el defecto.

SEGUNDO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Conforme a lo ya expresado, la respuesta es que cabe la interposición de un nuevo recurso -sin sujeción a plazo- frente a la desestimación presunta y en tanto no recaiga resolución administrativa expresa, siempre que el primero –con idéntico objeto- hubiera concluido con sentencia firme de inadmisibilidad por apreciar una excepción procesal.

TERCERO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- Con arreglo a esta interpretación, procede estimar el recurso de casación y, con anulación de la sentencia de instancia, retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior para que la Sala de Madrid (Sección Primera) -con libertad de criterio- se pronuncie sobre las otras causas de inadmisibilidad planteadas, resolviendo, en su caso, la pretensión actora.

2.- Conforme al art. 93.4 y 139 LJCA no se efectúa pronunciamiento en materia de costas en casación ni en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Responder a la cuestión de interés casacional objetivo planteada en los términos del **FD Segundo**.

2º.- **Haber lugar al recurso de casación** nº 899/2019, interpuesto por la procuradora Dña. Elvira Encinas Lorente (con la asistencia letrada de D. Luis de Manuel Martínez), actuando en nombre y representación de las mercantiles “DESARROLLOS Y PROMOCIONES MIRAFLORES, S.L.”, “PRODELAVIR, S.L.”, “REUNION DE PROMOCIONES MIRAFLORES, S.L.”, “URBANIZADORA DUCAL MIRAFLORES, S.L.”, “LAS ERRENES PROYECTOS S.L..6-PROLANAVA PROMOCIONES, S.L.”, y, “ERRENES DE MIRAFLORES, S.L.”, contra la sentencia –nº 872/18, de 12 de noviembre- dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid.

3º.- **Casar y revocar** la precitada sentencia, **retrotrayendo las actuaciones al momento inmediato anterior**, para que la Sala de

instancia proceda en los términos establecidos en el apartado 1º del precedente F.D. Tercero.

4º.- Sin Costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Olea Godoy

Dª Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

Dª. Ángeles Huet de Sande

VOTO PARTICULAR del Excmo. Sr. Magistrado Don Javier Borrego Borrego a la sentencia dictada en el recurso de casación número 899/2019.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 260,1 LOPJ, y tras haber declinado la redacción de la sentencia y anunciado voto particular a la misma, como ya expuse en la deliberación los días 14 y 21 de este mes, expreso disenso con la sentencia votada por la mayoría de la Sección.

No comparto respetuosamente el criterio de la mayoría sobre «si no hubo pronunciamiento de fondo en relación con una desestimación presunta impugnada, cabe - «*sine die*» en tanto la Administración no dicte resolución expresa- deducir, nuevamente, en sede jurisdiccional la misma acción contra dicha desestimación presunta» (FD Primero de la sentencia).

Y no lo comparto, pues humildemente pienso que en la sentencia de la que disiento, se transforma, en este concreto asunto, «el derecho al acceso a la jurisdicción», en algo así como al «derecho a un bono indefinido en el tiempo (*sine die*) al acceso a la jurisdicción».

Con arreglo al art. 260.1 LOPJ, se redacta este voto particular en forma de sentencia.

Se exponen seguidamente los **ANTECEDENTES DE HECHO** de este voto particular en forma de sentencia:

PRIMERO.-La Secc. 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, en el recurso 1355/2016 dictó sentencia de fecha 12 de noviembre de 2018 cuyo Fallo era del siguiente tenor literal: «DEBEMOS INDAMITIR, por concurrencia de cosa juzgada formal e inexistencia de acto administrativo recurrible, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DESARROLLOS Y PROMOCIONES MIRAFLORES SL, PRODELAVIR SL, REUNIÓN DE PROMOCIONES MIRAFLORES SL, URBANIZADORA DUCAL MIRAFLORES SL, LAS ERRENES PROYECTOS SL, PROLANAVA PROMOCIONES SL, Y ERRENES DE MIRAFLORES SL, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación patrimonial formulada, el 14 de enero de enero de 2011, frente a la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Miradores, arriba descrita; con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente en cuantía y términos recogidos en el fundamento de derecho cuarto».

SEGUNDO: Notificada a los interesados, la representación procesal de Desarrollos y Promociones Miraflores SL, Prodelavir SL, Reunión de Promociones Miraflores SL, Urbanizadora Ducal Miraflores SL, Las Errenes Proyectos SL, Prolanava Promociones SL, y Errenes de Miraflores SL preparó el recurso de casación contra la sentencia, y la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Madrid dictó resolución teniendo por preparado el mismo y emplazando a las partes para ante este Tribunal de Casación.

Recibidas las actuaciones, y personadas las recurridas, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal dictó Auto de 13 de mayo de 2019, que acuerda: «La Sección de Admisión acuerda: 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 899/2019 preparado por la representación procesal de las entidades mercantiles DESARROLLOS Y PROMOCIONES MIRAFLORES SL, PRODELAVIR SL, REUNIÓN DE PROMOCIONES MIRAFLORES SL, URBANIZADORA DUCAL MIRAFLORES SL, LAS ERRENES PROYECTOS SL, PROLANAVA PROMOCIONES SL y ERRENES DE MIRAFLORES SL contra la sentencia nº 872/2018, de 12 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que inadmite, por concurrencia de cosa juzgada formal e inexistencia de acto administrativo recurrible, el recurso nº 1355/2016.

2º) Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la concurrencia de cosa juzgada formal puede actuar como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acto presunto por silencio administrativo, dejando imprejuizado el debate jurídico de fondo.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 46.1, 69.c) y 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

TERCERO: La representación procesal de las recurrentes dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala: «A LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO: Que, teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y tener por interpuesto, en tiempo y forma, y en la representación arriba referida que tengo acreditada, Recurso de Casación contra la Sentencia 872 de fecha 12 de noviembre de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso administrativo sección 1ª PO 1355/2016 y, previa su tramitación, el Tribunal dicte en su día sentencia que case y anule la sentencia recurrida conforme las pretensiones y pronunciamientos expuestos en el cuerpo del presente con devolución de los autos al Tribunal de instancia, y se pronuncie de conformidad con los motivos del presente recurso».

CUARTO: La representación procesal del Ayuntamiento de Miraflores presenta escrito de oposición solicitando: «SUPLICO A LA SALA, que teniendo por presentado el presente escrito y por impugnado el RECURSO DE CASACIÓN

interpuesto en las presentes actuaciones, acuerde la desestimación del mismo, con expresa condena en costas a las recurrentes».

QUINTO.- El letrado de la Comunidad de Madrid, presentó su escrito de oposición solicitando: «SUPlico A LA SALA que teniendo por presentado este escrito se sirva tenerme por cumplido en el trámite de oposición al recurso y en su día dicte sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto».

SEXTO.- Finalmente, se dictó providencia de 18 de mayo de 2020 señalando para su deliberación, votación y fallo el 14 de julio de 2020, prorrogándose el 21 del mismo mes, con sustitución del ponente inicialmente designado.

Se exponen seguidamente **LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO** de este voto particular en forma de sentencia

PRIMERO.- La cuestión de interés casacional objetivo (AH Segundo), planteada en este recurso de casación por el auto de 13 de mayo de 2019 de la Sección Primera, de Admisión, de esta Sala, permite dos enfoques del tema a responder y resolver.

Bien un enfoque doctrinal académico, con cita y exposición e los estudios de ilustres profesores sobre la cosa juzgada, por ejemplo, «Derecho y Proceso», de D. Emilio Gómez Orbaneja, páginas 56 a 96, y otros catedráticos, acompañando citas y transcripciones sobre la materia de sentencias de este Tribunal Supremo (Sala de lo civil), del 13 de noviembre de 2018, (recurso 628/2018), y de esta Sala de lo contencioso-administrativo, así sentencias de 21 de noviembre de 2013 (recurso 2096/2012), de 7 de noviembre de 2016 (Recurso 2655/2015), de 5 de marzo de 2019 (recurso 1327/2016, etcétera. Sin olvidar por supuesto la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

Bien un enfoque más breve, ceñido a las circunstancias del caso concreto, y al análisis en Derecho de las mismas. Procede exponer seguidamente las circunstancias del concreto recurso que debemos examinar, y a la vista de ellas, acordar el enfoque que debemos dar a esta sentencia.

SEGUNDO.- La sentencia del Tribunal Superior (TSJ de Madrid) de fecha 12 de noviembre de 2018, PO 1355/2016, aquí impugnada, inadmite el recurso «por concurrencia de cosa juzgada formal e inexistencia de acto administrativo recurrible», tras referirse a la existencia del PO 79/2012 seguido ante la misma Sala de lo Contencioso Administrativo, y que finalizó por sentencia de 4 de mayo de 2016, firme al no haber sido recurrida.

Se expone seguidamente lo ocurrido en el PO 79/2012 y en el PO 1355/2016.

Uno.- PO 79/2012.

a.- El recurso se interpuso por Desarrollos y Promociones Miraflores SL; Prodelavir SL; Reunión de Promociones Miraflores SL; Urbanizadora Ducal Miraflores SL; Las Errenes Proyectos SL; Prolanava Promociones SL y Errenes de Miraflores SL.

b.- «Frente a la desestimación presunta, por silencio administrativo, de las reclamaciones por ellos formuladas contra la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, en fecha 14 de enero de 2011, en concepto de responsabilidad patrimonial, en cuantía indeterminada, por las consecuencias dañosas derivadas de la aprobación del Decreto 96/2009 de la CAM publicado el 14 de enero de 2010 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. Ha sido parte demandada la COMUNIDAD DE MADRID, representada y defendida por el Letrado de la Comunidad de Madrid, y, el AYUNTAMIENTO DE MIRAFLORES DE LA SIERRA, representado y defendido por el Letrado don José Mariano Benítez de Lugo».

c.- El proceso concluyó por sentencia de 4 de mayo de 2016. En el FD Segundo de dicha resolución se acuerda: «Por razones de orden procesal

examinaremos en primer lugar la causa de inadmisibilidad del recurso por falta de acreditación fehaciente de los acuerdos societarios acreditativos de la voluntad de accionar contra la actuación administrativa impugnada en el presente recurso contencioso administrativo», argumentada por el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra en su contestación a la demanda.

En el FD Tercero la sentencia recuerda, en relación a los requisitos exigidos (artículo 45 LJCA) para entablar acciones las personas jurídicas, doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con transcripción extensa de algunas sentencias de esta Sala.

En el FD Cuarto expone los documentos aportados por las recurrentes con el escrito de interposición del recurso «de relevancia para resolver la cuestión litigiosa que se examina».

En el FD Quinto la Sentencia afirma: «Sin embargo, se está en el caso de que las demandantes no han reaccionado ante esta controversia puesto que, en ninguna de sus actuaciones procesales posteriores al traslado del escrito de contestación a la demanda del Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, se han formulado alegaciones en contrario ni se han despejado las dudas suscitadas aportando la documentación que hubiesen considerado pertinente.

Así las cosas, la Sala no puede dar por cumplida la carga que les impone a las recurrentes el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme al cual al escrito de interposición del recurso se ha de acompañar el " documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado"». Y seguidamente analiza las deficiencias observadas, concluyendo: «Por lo expuesto, habida cuenta de que el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra ha hecho patentes claramente los defectos subsanables de la comparecencia, sin que las recurrentes los hayan combatido alegado la improcedencia de la subsanación, ni procedido a la misma, ha de pronunciarse una sentencia de inadmisión, sin que, en consecuencia, quepa examinar y decidir acerca de

las demás causas de inadmisibilidad y de la cuestión de fondo». El recurso es inadmitido (AH Primero).

Dos.- PO 1355/2016.

a.- El recurso se interpone por Desarrollos y Promociones Miraflores SL; Prodelavir SL; Reunión de Promociones Miraflores SL; Urbanizadora Ducal Miraflores SL; Las Errenes Proyectos SL; Prolanava Promociones SL y Errenes de Miraflores SL. (Las mismas mercantiles recurrentes y en el mismo orden que las que interpusieron el recurso en el PO 79/2012).

b.- «Contra la desestimación presunta por silencio administrativo de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial formuladas en escrito de 14 de enero de 2011, contra la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Miraflores, como consecuencia de la aprobación del Decreto 96/2009, de 18 de noviembre, del Consejo de Gobierno Comunidad de Madrid, por el que se aprueba la ordenación de los recursos naturales de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, publicado el 14 de enero de 2010 en el Boletín Oficial de la comunidad de Madrid (BOCAM); siendo partes demandadas la COMUNIDAD DE MADRID , representada y asistida de su letrada; el AYUNTAMIENTO DE MIRAFLORES DE LA SIERRA (MADRID) , representado por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque». (el acto objeto de recurso es el mismo que fue objeto del recurso en el PO 79/2012).

c.- El suplico de la demanda interpuesta ante el TSJ interesaban « [...], y en su día dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso; con carácter principal y en consecuencia ordene a las Administraciones demandadas, Comunidad de Madrid y Ayuntamiento de Miraflores, instruir y resolver el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial que deberá ser seguido por todos sus trámites legales y reglamentarios, incluidos la práctica de las pruebas, la audiencia a los interesados y la emisión de dictamen por el Consejo Consultivo autonómico, hasta la obtención de resolución administrativa sobre fondo de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial formuladas en enero de 2011 por mis patrocinados; y subsidiariamente a lo anterior por entenderse desestimadas por silencio negativo tales reclamaciones, se anule tal desestimación y se condene a las Administraciones demandadas a abonar a mis patrocinados la correspondiente

indemnización por responsabilidad patrimonial conforme las bases y criterios que se dejan señaladas en el presente o en ejecución de sentencia conforme tales bases».

(el mismo Suplico formulado en el PO 79/2012 FD Primero STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2016).

d.- En la demanda presentada, Otrosí Digo, Medios de Prueba, Tercero, Más documental pública, las recurrentes interesaron la incorporación testimoniada de la totalidad del PO 79/2012, incluida la demanda y documentos, y las pruebas de su ramo correspondiente. Además, junto con la demanda, interesan la unión al presente recurso (PO 1355/2016) de las periciales judiciales practicadas en el referido procedimiento PO 79/2012, que aportan con la demanda.

e.- El primer señalamiento para votación y fallo «se suspendió al acordarse como diligencia final solicitar a la Secretaría de la Sección 10ª de esta Sala certificación en la que conste la fecha de la notificación a la parte recurrente de la sentencia dictada en el PO 79/2012 sustanciado ante la misma, así como si dicha sentencia es firme; y una vez recibida esa certificación, que se oyera a las partes, a tenor del artículo 33.2 de la LJCA , sobre una cuestión sometida a su enjuiciamiento y que no ha sido debidamente apreciada por las partes al existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, como es la posible existencia de causa de inadmisibilidad del recurso por existencia de acto firme y consentido (artículo 69, c), en relación con el 28, ambos de la LJCA), y sin que ello prejuzgara el fallo». (FD Tercero sentencia aquí impugnada).

f.- En contestación a la providencia de 4 de septiembre de 2018, al amparo del artículo 33.2 LJCA, las recurrentes exponen una única alegación: «El presente recurso no es inadmisibile puesto que:

1.- La sentencia del TSJ S 10ª del procedimiento 79/2012 declaró inadmisibile por motivos formales, no de fondo, el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la denegación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente-.(adjuntamos copia de dicha sentencia)

2.- No hay pues acto firme y consentido, ni tampoco confirmatorio ni reproductorio puesto que aquella sentencia no se pronuncia sobre el acto en cuestión (sino sobre la inadmisibilidat formal del recurso) y en estos caso la doctrina del Tribunal constitucional es clara al señalar que no es de aplicación el plazo del art 46,1 LJCA "cuando el silencio

administrativo tiene sentido negativo (es decir, cuando desestima la petición del particular como es nuestro caso) el recurso no está sujeto a plazo temporal alguno (STC cuestión de inc. 2918/2005)".

Lo contrario (declarar la inadmisibilidad atentaría al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de la indefensión -art 24 CE- en la correcta interpretación del Tribunal Constitucional señalada».

Y la Comunidad de Madrid formula una Alegación Única: «El objeto del pleito es la resolución presunta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 11 de enero de 2011, contra el Ayuntamiento de Miraflores y la Comunidad de Madrid»[...] «Esta misma pretensión fue suscitada en el PO 79/ 12 ante la Sección 10ª de esta Sala, que dictó sentencia de inadmisión de la demanda, sin que con posterioridad a la misma se hay dictado acto administrativo alguno que pueda ser recurrido en sede judicial, lo que hace que estemos en presencia de una acto administrativo firme».

El Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, responde a la providencia citada recordando su oposición el recurso y los motivos argumentados y concluye interesando la inadmisibilidad del recurso. Alega, entre otros extremos:

«III.- Por lo demás, carece de sentido invocar la inaplicabilidad del art. 46.1 LJCA sobre la alegada existencia de un silencio negativo después de la entera tramitación del PO 79/2012, en el que esta representación procesal ha esclarecido expresamente, a través de sus distintos escritos procesales, la oposición razonada del Ayuntamiento de Miraflores a las pretensiones de las recurrentes, excluyendo cualquier posible indefensión. En este sentido podemos invocar aquí la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso, con Sede en A Coruña, de 16 de Noviembre de 2017 (Roj: STSJ GAL 7998/2017 ECLI: Es. TSJGAL:2017:7998 Id Cendoj:15030330022017100476), a cuyo tenor:

3.- Además, semejante carácter de "cosa juzgada" administrativa no sólo ha sido previamente definido - según se señaló por aquel Auto núm. 313/07, de 27 de Junio dictado por el Tribunal Constitucional - como aquella " anteriormente resuelta mediante una Resolución administrativa firme y consentida por no haber sido recurrida en tiempo y forma ", sino incluso homologable a las Sentencias judiciales ya que, " aunque la firmeza se ha producido a nivel administrativo los mismos principios por los que se sigue el procedimiento seguido ante dicho Tribunal -de carácter administrativo no-jurisdiccional-, determinan que las Resoluciones que los concluyen de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a las Sentencias jurisdiccionales firmes, los

mismos efectos de la cosa juzgada formal -o imposibilidad de impugnación. dentro del mismo procedimiento de lo ya resuelto o juzgado-, y de la cosa juzgada material -tanto positiva o prejudicial como negativa o excluyente de la posibilidad de volver a plantear en un nuevo procedimiento lo ya liquidado a otro anterior-, con elementos subjetivos u objetivos idénticos", amén de que inclusive a título de " cosa juzgada impropia " se haya a la postre sentado que " constituye reiterada doctrina de este Tribunal -se plasmó a su vez por aquella Sentencia núm. 39/12, de 29 de Marzo , dictada por el Tribunal Constitucional (Pte. Pérez Vera, Elisa)-, que el principio de seguridad jurídica, consagrado en el Art. 9,3 de la Constitución y el derecho a la tutela judicial efectiva -auspiciado por su Art. 24,1 y 2 -, impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la Ley, revisar el juicio efectuado en su caso concreto..., incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial -o administrativa-, carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya que resuelto por una resolución judicial -o de naturaleza administrativa por lo que ahora atañe-, firme en cualquier circunstancia".

4.- " un efecto que puede producirse -se puntualizó por dicha misma Sentencia núm. 39/12, de 29 de Marzo , dictada por igual misma máxima Instancia constitucional (Pte. Pérez Vera, Elisa)-, no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia -tal como desde luego en el presente caso asimismo acaece-, aunque no sea posible apreciar el efecto de cosa juzgada ", de manera que semejante vinculación decisorio-jurisdiccional se afirmó también expresamente al señalarse que " en tal sentido hemos dicho que no se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los Órganos jurisdiccionales , sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial..., que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros Órganos judiciales, sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla".

Y es que, en definitiva, no puede soslayarse que la tramitación del PO 79/2012 y la correspondiente Sentencia de ese TSJ de inadmisión impiden que pueda seguir calificándose la denegación municipal de la responsabilidad patrimonial pretendida como acto presunto por silencio administrativo; por el contrario, estamos ante un acto expreso, del que ha tenido pleno conocimiento la recurrente en el pleito. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, de 8 de Mayo de 2018 (Roj: STSJ CLM 1235/2018 . ECLI: TSJCLM:2018:1235Id Cendoj: Señala que:

Con referencia a la caracterización del "acto consentido", el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que el acto sea administrativo (sujeto a Derecho Administrativo); definitivo (no de trámite); no sea nulo de pleno derecho; y consentido, entendiendo en este sentido que no lo es el producido por silencio administrativo (que se presume), e

incluso el que siendo expreso no fue notificado con todos los requisitos legales; y que lo es "el acto definitivo y válido, notificado con indicación de los recursos admisibles contra el mismo y no recurrido " (Sentencia de 23-10-89)."

Es pues evidente que por muy presunto que fuera el acto administrativo originariamente recurrido en el PO 79/2012, no lo es el acto jurisdiccional que integra la Sentencia firme que puso fin a aquél, cuya existencia impide que pueda seguir hablándose de una denegación tácita de sus pretensiones indemnizatorias, tanto más cuanto que a lo largo del procedimiento han tenido ocasión de conocer pormenorizadamente las razones de oposición de la Corporación de Miraflores.

Citemos finalmente la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 10 de Mayo de 2006 (Número de recurso 5987/2001), a cuyo tenor:

QUINTO ha de tenerse en cuenta que tanto los actos confirmatorios y reproductorios no son en realidad actos nuevos, sino que se limitan a reiterar lo ya declarado en otra resolución anterior que es firme, por lo que, si se permitiera la impugnación de este tipo de actos, se estarían recurriendo en realidad actos que no son susceptibles de recurso, lo que supondría defraudar las normas que establecen los plazos para recurrir. De ahí que, para evitar esta consecuencia, el art. 28 LJCA establezca -como antes lo hiciera el art. 40 a) LJCA/1956 - que no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de este tipo de actos. De este 1110110 -y así lo ponen de relieve entre otras Sentencias del Tribunal Constitucional, la antes citada 182/2004 - "la finalidad que persigue este requisito procesal respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues concilia las exigencias que se derivan del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sin restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los posibles interesados en el acto, pues dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado'.

En todo caso, y precisamente por razón de lo expuesto, hay que obrar con exquisito cuidado a la hora de comparar el acto ahora recurrido con relación con el que ganó firmeza, siendo esencial como viene declarando esta Sala de forma reiterada -valga por todas, STS de 18 de abril de 2005 que el nuevo acto reproduzca o reitere el anterior firme y que no contenga novedad alguna respecto del mismo,

Y este es exactamente el caso de la demanda presentada en los presentes autos: no contiene novedad alguna respecto del que fue objeto en el PO 79/2012».

g.- La sentencia aquí impugnada razona así: «En definitiva, ese acto administrativo objeto este proceso ya lo fue del indicado recurso contencioso administrativo causante del mencionado procedimiento ordinario nº 79/2012, que finalizó con esa sentencia firme de inadmisión que determina la firmeza de dicho acto administrativo.

Ha de recordarse que la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1995 y de 24 de junio de 2002 declara que el artículo 24.1 de la Constitución Española reconoce, como contenido normal u ordinario del derecho a la tutela judicial efectiva, la obtención de un pronunciamiento fundado en derecho sobre el fondo de la cuestión planteada, por lo que las circunstancias impeditivas de tal resultado y la concurrencia de los requisitos procesales o de viabilidad procesal deben ser interpretados flexiblemente, no como obstáculos al pronunciamiento de fondo sino en un sentido teleológico, buscando que se cumpla el fin perseguido con la correspondiente exigencia legal.

Estas sentencias, que se remiten a las del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981 , 29 de marzo de 1982 , 18 de marzo de 1993 y 7 de junio de 1994 , también declaran que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto e incondicional, sino uno de configuración legal que se satisface tanto si el Juez o Tribunal resuelve sobre las pretensiones de las partes como si inadmite un proceso en virtud de la aplicación, razonada en derecho y no arbitraria, de una causa legal, por lo que no comprende la obtención de una resolución judicial sobre el fondo del asunto cuando no concurren los requisitos procesales pues, aunque la tutela judicial ha de ser dispensada efectivamente a todas las partes y personas afectadas en y por el proceso, ello ha de hacerse también ateniéndose a las normas procesales de imperativa observancia que lo pautan. Y ha de añadirse que el artículo 24 de la Constitución vincula de modo significativo el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión, cuya esencia se concreta en una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación jurisdiccional. Sin embargo, no se produce indefensión cuando, por error o por falta de diligencia, la parte ha desaprovechado sus posibilidades de defenderse (Auto del Tribunal Constitucional 484/1983, de 19 octubre).

En consecuencia, a la vista de todo lo expuesto, en el presente caso concurre, como apuntaba ya el ayuntamiento demandado en su escrito de alegaciones, cosa juzgada formal del artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , (aplicable supletoriamente a esta jurisdicción - disposición final primera de la LJCA -), respecto a la sentencia dictada en ese procedimiento ordinario 79/2012 sustanciado ante esta Sala por las mismas partes y sobre el mismo objeto, dado que la misma adquirió firmeza al no recurrirse.

La citada sentencia no entró a valorar el fondo del asunto, pero ese carácter de cosa juzgada formal determina en el presente caso además la no concurrencia del requisito legal de impugnarse un acto administrativo recurrible en los términos exigidos por artículo 28 de la LJCA (No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma).

Por todo lo razonado, se ha de inadmitir el presente recurso contencioso administrativo por las causas de inadmisibilidad del artículo 69,c) y d) de la misma ley (La sentencia

declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación; d) Que recayera sobre cosa juzgada) , impidiendo ello valorar las otras causas de inadmisibilidad alegadas y el fondo del asunto.

TERCERO.- Tras lo expuesto, resulta incuestionable lo siguiente:

1.- Que las aquí recurrentes, ante la no respuesta expresa de los codemandados a sus escritos de fecha 14 de enero de 2011, por responsabilidad patrimonial, interpusieron recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Madrid, que fue tramitado con el número 79/2012.

Que en dicho procedimiento, las entonces (y aquí) recurrentes, ante los defectos subsanables de la comparecencia, ni los combatieron alegando la improcedencia de la subsanación, ni pudiendo subsanarlos, procedieron a corregir dichos defectos, por lo que dicho PO 79/2012 finalizó por sentencia de inadmisibilidad. Que no fue recurrida y ganó firmeza.

2.- Que transcurridos más de tres meses desde la firmeza de la anterior sentencia de inadmisibilidad, las recurrentes interponen nuevo recurso contencioso ante el TSJ de Madrid, en el que concurren las siguientes circunstancias:

a.- Las recurrentes son exactamente las mismas que interpusieron el PO 79/2012.

b.- El acto recurrido, la desestimación presunta por silencio administrativo de sus reclamaciones de fecha 14 de enero de 2011, es exactamente el mismo que fue objeto de su recurso que dio origen al PO 79/2012.

c.- Las pretensiones ejercitadas en el recurso (1355/2016) finalizado por la sentencia aquí impugnada de 12 de noviembre de 2018, son

exactamente las mismas que se formularon en el previo recurso PO 79/2012, mismas partes, mismo acto recurrido, y que finalizó por sentencia de inadmisibilidad firme al no ser recurrida.

d.- Como prueba en el recurso 1355/2016, las demandantes aportaron las periciales practicadas en el anterior PO 79/2012, e interesaron la incorporación a su segundo recurso (1355/2016), testimoniada «de la totalidad del PO 79/2012, incluida la demanda y documentos y las pruebas de su ramo correspondiente».

3.- El Tribunal Constitucional, en su sentencia de Pleno número 52/2014, 10 de abril, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad 2918/2005.

En dicha sentencia, entorno al artículo 46.1 segundo inciso LJCA y 24 CE, declaró entre otros extremos lo siguiente de relevancia para este recurso.

i.- «el denominado recurso contencioso-administrativo no es propiamente un recurso –no genera una segunda instancia o una casación– pues viene a dar vida a un proceso en primera o única instancia, de suerte que no se instala en el terreno del acceso a los recursos sino en el del acceso a la jurisdicción» (STC 76/1996, de 30 de abril) FJ 2; que sigue a las SSTC 3/1983, de 25 de enero; 37/1995, de 7 de febrero, y 55/1995, de 6 de marzo)».

ii.- «[...] el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4; y 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2)».

iii.- «Esa jurisprudencia viene insistiendo en que el silencio administrativo de carácter negativo es «una ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración» (SSTC 6/1986, de 21 de enero, FJ 3; 204/1987, de 21 de diciembre; 63/1995, de 3 de abril; 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 5; 14/2006, de 16 de enero; 39/2006, de 13 de febrero; 175/2006, de 5 de junio; 186/2006, de 19 de junio; 27/2007, de 12 de febrero; 32/2007, de 12 de febrero;

40/2007, de 26 de febrero; 64/2007, de 27 de marzo; 239/2007, de 10 de diciembre; 3/2008, de 21 de enero; 72/2008, de 23 de junio; 106/2008, de 15 de septiembre; 117/2008, de 13 de octubre; 175/2008, de 22 de diciembre; 59/2009, de 9 de marzo; 149/2009, de 17 de junio; 207/2009, de 25 de noviembre; o 37/2012, de 19 de marzo, FJ 10, entre otras)».

iiii. La STC estudia y analiza la regulación la regulación de los «actos presuntos» (artículo 46.1 LJCA) en la LJCA de 1998, así como el silencio administrativo en la Ley 30/92, en la reforma operada por la ley 4/1999, y concluye que la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1LJCA. «Así entendido, es manifiesto que el inciso legal cuestionado no impide u obstaculiza en forma alguna el acceso a la jurisdicción de los solicitantes o los terceros interesados afectados por una desestimación por silencio».

Desde la STC 14/2006, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala acerca de la inexistencia de plazo para recurrir desestimaciones presuntas por silencio administrativo.

CUARTO.- Según las recurrentes, en respuesta a la providencia transcrita en el anterior FD Primero, Dos, e, «cuando el silencio administrativo tiene sentido negativo (es decir, cuando desestima la petición del particular como es nuestro caso), el recurso no está sujeto a plazo temporal alguno (STC Cuestión de inc. 29/18/2005)».

En relación a esta afirmación, debemos matizarla en el sentido siguiente: Efectivamente, las reclamaciones patrimoniales presentadas ante los hoy codemandados, no tuvieron respuesta expresa. Y ante esta desestimación presunta por silencio negativo, las mercantiles aquí recurrentes interpusieron recurso contencioso-administrativo, tramitado bajo el nº PO 79/2012.

En dicho procedimiento, los dos entes públicos codemandados formularon oposición por motivos formales y de fondo al recurso en cuestión. Es cierto que las administraciones no contestaron a las

reclamaciones patrimoniales en vía administrativa, pero en la vía jurisdiccional si dieron extensos motivos en respuesta a la pretensión.

Si el silencio desestimatorio es «una ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial [...]» (STC 52/2014 antes citada), la realidad procesal es que en el PO 79/2012 «la inactividad de la Administración» se ha superado en la vía judicial, no en la administrativa, con sus escritos de oposición al recurso en este procedimiento. Tras el proceso PO 79/2012, la desestimación presunta por silencio administrativo de aquellas reclamaciones no contestadas, ha dejado de ser una «ficción legal» al convertirse en una «realidad procesal», como lo acredita la conducta de las recurrentes al interponer el segundo recurso, al que acompañan las reclamaciones patrimoniales de 2011 no contestadas en vía administrativa, junto con su solicitud de incorporar como prueba en el segundo recurso, la «totalidad de las actuaciones» del primero.

Por ello, las mercantiles recurrentes, perfectamente conocedoras, en el PO 79/2012, tras la sentencia de inadmisibilidad por no subsanación de requisitos legales, podrían, tras la firmeza de la sentencia en el PO 79/2012, dar por conocida, en la vía judicial, la posición de las Administraciones en relación a sus reclamaciones patrimoniales administrativas, y a la vista de dichas respuestas, haber procedido, en el plazo señalado en el artículo 46.1, es decir, en el de dos meses tras la sentencia definitiva, y contra la respuesta en vía judicial de sus reclamaciones administrativas, presentar un nuevo recurso, lo que evidentemente no hicieron. Si así lo hubieran hecho, la discusión sobre la existencia de cosa juzgada, trascendería la cosa juzgada formal y estaríamos en un supuesto de cosa juzgada material, en un nuevo proceso en el que la identidad del acto (expreso o presunto) recurrido, y las pretensiones de los recurrentes, sería algo que posibilitara en principio entrar en el fondo del asunto en la vía jurisdiccional.

Pero la cuestión real que aquí se plantea es si, tras acceder a la jurisdicción contra una desestimación presunta por silencio administrativo de una reclamación y tramitarse un procedimiento, y éste concluye por sentencia de inadmisibilidad al no subsanar defectos formales observados, pudiendo haberlos subsanado, puede interponerse por los mismos recurrentes un nuevo recurso frente a la desestimación presunta, ejercitando las mismas pretensiones y trayendo al segundo recurso la totalidad del primero. Es decir, si se puede *sine die* re-tramitar un proceso, obviando la sentencia dictada en el anterior proceso. No es un derecho de acceso, sino de re acceso, (bono indefinido en el tiempo), a la jurisdicción.

Antes hemos recordado (FD Tercero, 3,i), que «el recurso contencioso-administrativo se instala en el terreno de acceso a la jurisdicción».

Procede ahora insistir en la unánime y reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo y doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho a obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones también se satisface con una decisión de inadmisión que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, cuando se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. Así, SSTC 61/1982; 164/1990; 192/1992;20/1993;121/1994; 135/1996; 194/1997; 63/1999, entre otras.

En el caso presente, las recurrentes, frente a una desestimación presunta por silencio administrativo, han ejercido sin traba alguna su derecho de acceso a los tribunales, y han tenido derecho a una resolución de inadmisibilidad en el PO 79/2012, fundamentada en una causa legal aplicada, que pudieron subsanar y no lo hicieron, y extensamente razonada en la sentencia que ellas no recurrieron.

Es decir, lo que están pretendiendo los recurrentes es re-acceder, (derecho a un bono de acceso indefinido), a los tribunales, y volver a plantear la impugnación de la misma desestimación presunta que ya

impugnaron, con las mismas pretensiones y con las mismas pruebas del proceso finalizado por la sentencia firme de inadmisibilidad. En resumen, como si no existiera en el mundo jurídico la sentencia de inadmisibilidad del PO 79/2012.

La conducta de las recurrentes, dicho sea con el respeto debido a la parte, no parece seria. Accedieron a un tribunal, se tramitó un proceso, lo que supone un coste económico, y por su exclusivo desinterés o desidia al no subsanar, pudiendo hacerlo, los defectos observados como requisito legal exigible, art. 45.2.d LJCA, obtuvieron una resolución fundada y por cierto bien extensamente razonada, de inadmisibilidad, que no recurrieron, por lo que ganó firmeza.

El derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, se enmarca dentro del llamado servicio público de la justicia, justicia que será gratuita, art. 119 CE, y que supone un gasto público, que debe responder en su ejecución a los criterios de eficiencia y economía, art. 31.2 CE. Y ello choca frontalmente con lo que han pretendido las recurrentes interponiendo su segundo recurso.

QUINTO.- La cosa juzgada formal apreciada en la sentencia impugnada, en concurrencia con el art. 28 LJCA, es, como se recuerda en la STS, Sala Primera, de 13 de noviembre de 2018, citando a de la Oliva Santos «la vinculación jurídica que, sobre todo para el órgano jurisdiccional y también para las partes, produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del mismo proceso o instancia en que se haya dictado dicha resolución».

El artículo 207 LEC no posibilita que la autoridad de cosa juzgada de la sentencia firme de inadmisibilidad dictada en el PO 79/2012, se pretenda desconocer en otro recurso por las mismas recurrentes, frente al mismo acto (desestimación presunta por silencio administrativo), ejerciendo las mismas pretensiones e incorporando al segundo proceso la totalidad del primero. Como si nunca hubiera existido la sentencia del primer proceso, y en total olvido o frivolidad, que la inadmisibilidad

decretada en el primero se debió exclusivamente a la desidia o desinterés de las recurrentes, quienes no subsanaron lo que pudieron subsanar, y luego se aquietaron con la sentencia de inadmisibilidad.

El derecho de acceso a los tribunales y de obtener una resolución fundada en derecho, es un derecho reglado, no a la carta ni a una inexistente libertad de acceder y reaccéder «*sine die*» al proceso a la voluntad de cada uno.

La conducta de las recurrentes supone, ignorando la sentencia firme de inadmisibilidad en el primer proceso, repetir de hecho el primer proceso «en su totalidad», pero como si la sentencia firme, con autoridad de cosa juzgada formal, no hubiera existido.

En relación a la concurrencia con un acto administrativo irrecurrible, y sin tener que entrar en la discusión acerca de si la desestimación presunta es un acto o no es un acto, procede aquí transcribir que el artículo 28 LJCA aplicado en la sentencia impugnada, y que luego expondremos, se enmarca en el título III, Capítulo I, «Actividad administrativa impugnabile», LJCA. Y el primero de los artículos incluidos en este capítulo, artículo 25.1, dice que el recurso es admisible en relación [...] «con los actos expesos y presuntos de la Administración Pública [...]». En consecuencia, la referencia del art. 28 a «los actos [...]» debe entenderse en el sentido de «actos expesos o presuntos». El artículo 28 LJCA determina: «no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma», la sentencia impugnada lo aplica conforme a Derecho. En el presente caso, el acto objeto del recurso en el PO 1355/2016 es la misma desestimación presunta por silencio administrativo frente a la cual las recurrentes recurrieron en el PO 79/2012 y que finalizó por sentencia firme de inadmisibilidad, por causa legal aplicada razonablemente, debida la infracción al desinterés o desidia de las recurrentes.

En consecuencia, la inadmisibilidad del presente recurso, a la vista de todo lo anteriormente expuesto, es, para el redactor de este voto particular, correcta en derecho, en aplicación del artículo 69.d) (al recaer sobre cosa juzgada), y c) (tener por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación).

SEXTO.- En respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo formulada, se contesta.

La existencia de una sentencia firme de inadmisibilidad, por aplicación debidamente razonada del incumplimiento de un requisito procesal que la parte pudo subsanar y no lo hizo, y que posee en consecuencia la autoridad de cosa juzgada formal, impide que se pretenda re-acceder «sine die» a los tribunales, volviendo a recurrir la desestimación presunta por silencio que fue objeto del anterior recurso, se ejerciten las mismas pretensiones y se incorpore al nuevo y reabierto proceso la totalidad de las actuaciones del proceso anterior.

El fundamento de la cosa juzgada formal reside en la seguridad jurídica, art. 9.3 CE, y el propósito de la reapertura del proceso con el segundo recurso, idéntico al segundo, lo que pretende es, vulnerando lo dispuesto en el artículo 214 LEC, obtener una nueva sentencia ignorando la autoridad de cosa juzgada formal de la sentencia firme recaída en el proceso anterior.

Por todo lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA, no se hace imposición de costas en esta casación. Y en cuanto a las costas de la instancia, se confirma la no imposición acordada en la sentencia recurrida.

Y en este sentido formulo mi voto particular.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se
disiente.