

Resumen

El TS estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial que había deducido la mercantil, por los daños causados en su patrimonio con la aprobación y publicación del Decreto 321/2003, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que al declarar bien de interés cultural, con la categoría de zona arqueológica, las factorías romanas de salazones de Algeciras (Cádiz), arrastró como consecuencia que no pudiera hacer suyo el aprovechamiento urbanístico previsto para el solar de su propiedad. La Sala considera que la declaración de bien de interés cultural, con la delimitación de su entorno de protección, afectó a la totalidad del solar propiedad de la actora, impidiéndola llevar a cabo el desarrollo urbanístico previsto para él, por lo que se ha de dar la razón a la parte actora cuando denuncia la infracción de los artículos 139 y 141 Ley 30/1992, producida al concluir la Sala de instancia que la actora era titular de una mera expectativa y no de ningún derecho preexistente del que hubiera sido privada como consecuencia de la protección que ha de otorgarse al Bien de Interés Cultural y a su entorno, en consecuencia, estimando el recurso, determina que el daño causado por el concepto de privación del aprovechamiento urbanístico patrimonializado, es el que resulte de restar al precio de adquisición el valor que aquel suelo en aquel momento hubiera tenido como suelo carente de todo aprovechamiento de esa naturaleza., no incluyendo las cantidades que la actora reclama por los conceptos de: "personal excavaciones arqueológicas"; "aval demolición"; "impuesto de transmisiones" e "impuesto de bienes inmuebles".

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 7/2002 de 17 diciembre 2002. Ordenación Urbanística de Andalucía art.50.f

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa art.13 , art.14.1

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común art.139 , art.141

Ley 16/1985 de 25 junio 1985. Patrimonio Histórico Español art.20

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL

URBANISMO

Régimen urbanístico del suelo

Indemnizaciones

Supuestos indemnizables

Modificación o revisión de la ordenación

Reducción de aprovechamiento

Imponiendo vinculaciones o limitaciones singulares

Con restricción del aprovechamiento

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Requisitos en general

Cuantía de la indemnización

Daños incluidos

Daños excluidos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Damnificado; Desfavorable a: Admón. autonómica (funciones ejecutivas)

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.50.f de Ley 7/2002 de 17 diciembre 2002. Ordenación Urbanística de Andalucía

Aplica art.13, art.14.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Aplica art.139, art.141 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.20 de Ley 16/1985 de 25 junio 1985. Patrimonio Histórico Español

Cita D 321/2003 de 18 noviembre 2003

Cita art.209.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.46 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.13, art.14.1 de Ley 6/1998 de 13 abril 1998. Régimen del Suelo y Valoraciones

Cita art.23 de RDLeg. 1/1992 de 26 junio 1992. TR Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

Cita art.248.3 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.33 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.16, art.20 de Ley 49/1960 de 21 julio 1960. Propiedad Horizontal

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 diciembre 2008 (J2008/374306)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 junio 2012 (J2012/198021)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 11 mayo 2010 (J2010/84311)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 24 febrero 2010 (J2010/31699)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 17 junio 2009 (J2009/143890)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 6 abril 2005 (J2005/40738)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 25 junio 2003 (J2003/50178)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 26 noviembre 1999 (J1999/44600)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 9 febrero 1999 (J1999/1599)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 6 marzo 1998 (J1998/1889)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 27 enero 1998 (J1998/1346)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Indemnizaciones - Supuestos indemnizables STS Sala 3ª de 17 febrero 1998 (J1998/1090)

ANTONIO MARTI GARCIA

CELSA PICO LORENZO

RICARDO ENRIQUEZ SANCHO

SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de diciembre de dos mil diez.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil CARBONELL FIGUERAS, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Fernando Granados Bravo, contra sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 29 de diciembre de 2008 EDJ 2008/374306, sobre Reclamación de Responsabilidad Patrimonial por los

daños causados por la declaración de bien cultural de las Factorías Romanas de Salazones, en un solar del recurrente en la calle San Nicolás 3 y 5 de Algeciras.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 847/2005, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 29 de diciembre de 2008, dictó sentencia EDJ 2008/374306 cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. No se efectúa expresa imposición de las costas de este recurso".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia EDJ 2008/374306 ha preparado recurso de casación la representación procesal de la entidad mercantil CARBONELL FIGUERAS, S.A., interponiéndolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte, al infringir la sentencia recurrida los artículos 248.3 de la L.O. 6/1985 EDL 1985/8754 del Poder Judicial, 209.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y, además, por incongruencia omisiva al no resolver una de las cuestiones planteadas en la demanda.

Segundo.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al infringir la sentencia recurrida los artículos 139 y 141.1 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 y jurisprudencia aplicable. El artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción al hacer caso omiso de hechos documentalmente acreditados. El artículo 19.1 de la Ley 6/1998 de Régimen del Suelo y Valoraciones que no puede aplicarse aisladamente, sino en el contexto de la propia ley y especialmente de forma respetuosa con el artículo 33 de la Constitución EDL 1978/3879 .

Y termina suplicando a la Sala que "...previos los trámites preceptivos, dicte Sentencia por la que acuerde estimar los motivos de casación alegados, casando y anulando la Sentencia EDJ 2008/374306 y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto resuelva de conformidad con la súplica del escrito de demanda".

TERCERO.- La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia desestimándolo, con costas para la recurrente".

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 6 de octubre de 2010 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 10 de noviembre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

QUINTO.- No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de instancia desestima en su sentencia EDJ 2008/374306 el recurso que la mercantil ahora recurrente en casación interpuso contra la desestimación presunta, por silencio, de la reclamación de responsabilidad patrimonial que había deducido el día 25 de octubre de 2003, por los daños causados en su patrimonio con la aprobación y publicación del Decreto 321/2003, de 18 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía EDL 2003/163347 , que al declarar Bien de Interés Cultural, con la categoría de Zona Arqueológica, las Factorías Romanas de Salazones de Algeciras (Cádiz), arrastró como consecuencia que no pudiera hacer suyo el aprovechamiento urbanístico previsto para el solar de su propiedad sito en la calle San Nicolás núms. 3 y 5 de dicha localidad.

SEGUNDO.- Tras dar cuenta en el primero de la resolución impugnada y del objeto del proceso en términos similares a los que acabamos de exponer, relata aquella sentencia EDJ 2008/374306 en su fundamento de derecho segundo lo siguiente:

"La demanda cifra el daño sufrido en la imposibilidad de ejecutar un proyecto de construcción de 28 viviendas, locales comerciales y garajes en el solar de su propiedad. Indica que antes de la compra obtuvo del Ayuntamiento cédula urbanística (que no aporta), en la que se hacía constar que la parcela era suelo urbano, residencial, incluido en el Plan Especial de Protección y Reforma Interior "Plaza del Coral", con una edificabilidad asignada de 2m²/m², con altura máxima de cuatro plantas más ático y cargas de urbanización y cesión de plaza y acceso al parque. Datos que resultaron determinantes para la adquisición del terreno en escritura pública el 5 de enero de 2000.

El 24 de mayo de 2000 el Ayuntamiento otorgó la licencia solicitada para la demolición de las edificaciones existentes, y así preparar el terreno en tanto se tramitaba la licencia de obras. A instancia del propio Ayuntamiento, y durante el mes de agosto de 2000 se realizaron prospecciones arqueológicas en el local (sic; querrá decir solar). En ellas se encontraron los restos arqueológicos que dieron lugar a la incoación por la Junta de Andalucía del procedimiento para la declaración como bien de interés cultural, el 27 de mayo de 2002, y la posterior resolución de declaración de bien de interés cultural; Decreto 321/2003, de 18 de noviembre EDL 2003/163347 .

La demandante atribuye los daños sufridos no sólo a que se haya producido una paralización o retraso en el otorgamiento de la licencia urbanística y por ello en las obras que posibilitara el uso lucrativo del terreno, sino en que el retraso se convierte en definitivo al impedir el aprovechamiento urbanístico de la parcela adquirida para construir un edificio de las citadas características, porque desde el momento en que se determina por la Junta de Andalucía que la totalidad de la parcela 03 de la Manzana 01061 quedaba incluida como zona afectada, resultó imposible llevar a cabo edificación alguna en el solar.

TERCERO.- Los dos últimos párrafos del fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia EDJ 2008/374306, tras dedicar el tercero a recordar el régimen jurídico general del instituto de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, expresan las razones del pronunciamiento desestimatorio al que llegó aquella en estos términos:

"El caso es que, según las normas reguladoras del derecho de propiedad del suelo entonces vigentes (fundamentalmente Ley 6/98 del Suelo y Ordenación Urbana) y constante jurisprudencia, el contenido del derecho de propiedad del solar en cuestión no incluía los contenidos urbanísticos para edificar el proyecto pretendido, que era, en todo caso, una mera expectativa cuya realización dependería de que la licencia solicitada se adaptara a la Ley y al planeamiento. El establecimiento de la protección de un bien de interés cultural, no privó de ningún derecho preexistente. La demandante sigue siendo dueña de su solar, con un contenido de su propiedad del suelo establecido por las normas aplicables, que incluyen las disposiciones de protección del Patrimonio Histórico estatales y autonómicas (art. 19.1 Ley 6/98). La actuación de la Junta de Andalucía, no redujo el contenido concreto del derecho de propiedad del suelo, lo precisó en línea con el resto de las normas aplicables. Tampoco se puede concluir que, si no hubiera existido retraso en resolver por la Junta de Andalucía, el Ayuntamiento habría otorgado la licencia, porque la incoación del procedimiento suspendía las licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como los efectos de las ya otorgadas (art. 16 LPH EDL 1960/55). Con ésta prohibición, la licencia otorgada por el Ayuntamiento sería nula. En suma, no hay daño indemnizable, por lo que falta la concurrencia de uno de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.

Además, la demandante adquirió el solar sabiendo que estaba incluido en el Plan Especial de Protección y Reforma Interior "Plaza del Coral", y éstos planes protegen los bienes de interés cultural que incluyen, según el art. 20 LPH EDL 1960/55 1. "La declaración de un conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica, como bienes de interés cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta ley establecidas. (...)". Por lo que sabía antes de adquirir el solar que, en el uso de su propiedad, debería respetar las normas que protegen estos bienes."

CUARTO.- Y dedica el quinto, que precede al de las costas procesales, a tratar una petición subsidiaria, diciendo:

"De forma subsidiaria, la demandante solicita se condene a la Junta de Andalucía a la incoación del procedimiento de expropiación forzosa de su solar. Pretensión que supone una desviación procesal respecto de la que formuló en vía administrativa, de responsabilidad patrimonial. Es cierto que ésta nueva pretensión se formula ante la Administración, pero se hizo en escrito presentado el 19 de diciembre de 2005, dos años después de la reclamación inicial de responsabilidad patrimonial, solicitando continuara la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial y que se incoara el de "permuta, adquisición o expropiación del solar propiedad de mi representada". De conformidad con los artículos 42 y 43 LRJ-PAC, la tardanza de la Administración en resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial, supone la desestimación presunta, que significa la exclusión del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción contencioso-administrativa (según interpretación jurisprudencial del art. 46 LJCA EDL 1998/44323), pero no otros efectos, como sería introducir nuevas pretensiones en el procedimiento administrativo (y contencioso-administrativo) mediante escritos, como el de la demandante, claramente extemporáneos.

En todo caso, la decisión de iniciar el procedimiento expropiatorio corresponde a la Administración competente y, en su caso, al beneficiario, pero no se reconoce al particular un derecho a que se incoe el procedimiento (artículos 3,4 y 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa).

QUINTO.- Contra esa sentencia EDJ 2008/374306 esgrime aquella mercantil dos motivos de casación.

A) El primero, formulado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, y cuya admisión declaró la Sección Primera de esta Sala en su auto de fecha 17 de septiembre de 2009, haciendo así inútiles las alegaciones que en contrario se expresan en el escrito de oposición, denuncia la infracción de las normas reguladoras de las sentencias, pues la recurrida EDJ 2008/374306 no expresa, ni tan siquiera en los fundamentos de derecho, de qué elementos de juicio o de prueba se ha servido para llegar a aquel pronunciamiento. Omite citar o le pasa desapercibido el documento que acompañó como núm. 2 con el escrito de demanda, en el que la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Algeciras informa sobre la clasificación y contenido urbanístico de la parcela; o el informe pericial practicado en autos; de suerte que no concreta el supuesto fáctico. Así, su razonamiento jurídico en el que niega que el derecho de propiedad del solar en cuestión incluyera los contenidos urbanísticos para edificar el proyecto pretendido, es consecuencia de no haber tomado en consideración esos elementos de juicio y otros que obran en autos que no son compatibles con la afirmación de que el solar carecía de valor urbanístico. El motivo -se añade- se centra en que la sentencia, como ordena el art. 209.2ª de la LEC EDL 2000/77463, debe expresar, y no lo hizo, los hechos en que la parte funda sus pretensiones, siempre que hubieran sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse. Mala práctica, la observada, que priva a la recurrente de conocer el fundamento de la afirmación, convertida en ratio decidendi, de que no hay daño indemnizable.

Además, la sentencia EDJ 2008/374306 incurre en un vicio de incongruencia omisiva, pues en la demanda se alegó como motivo de impugnación la omisión del preceptivo informe del Consejo Consultivo de Andalucía, sin que aquella de respuesta a ello. Y

B) El segundo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia en principio o ante todo la infracción de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271, pues la actora sí ha sufrido, se afirma, la lesión del aprovechamiento urbanístico que correspondía a su terreno, que, aun siendo legítima, en cuanto derivada de la normativa de protección y conservación del Patrimonio Histórico Artístico,

no está obligada a soportar a expensas de su solo patrimonio. Y luego, en una larga sucesión de argumentos de los que aquí damos cuenta en apretada síntesis, cita como sentencias de este Tribunal Supremo que han reconocido en situaciones similares el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, las de 27 de enero de 1998 EDJ 1998/1346 y 25 de junio de 2003 EDJ 2003/50178 , destacando ésta segunda en particular. Niega que el Plan Especial de Protección y Reforma Interior "Plaza del Coral" sea uno de aquellos a los que se refiere el art. 20 de la Ley del Patrimonio Histórico Español. Solicita que hagamos uso de la facultad que prevé el art. 88.3 de la LJ, para integrar los hechos que estando suficientemente justificados en las actuaciones, no han sido tomados en consideración por la Sala de instancia. Y reprocha que ésta interprete el art. 19.1 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, para aplicarlo aisladamente y no en el contexto de esa Ley y en especial de sus artículos 13 y 43.

Finalmente, niega que constituya desviación procesal aquella solicitud a que se refiere el fundamento de derecho quinto de la sentencia EDJ 2008/374306 y defiende, con argumentos diversos, la corrección de esa petición subsidiaria.

SEXTO.- Vamos a analizar conjuntamente ambos motivos de casación, pues es cierto que la sentencia de instancia EDJ 2008/374306 no ofrece una descripción precisa del supuesto de hecho enjuiciado que permita, desde ella, decidir si la actora fue privada o no de un derecho que hubiera patrimonializado y que, por ello, deba ser indemnizado.

Pero de entrada, vamos a negar, por su falta de fundamento, las infracciones que hemos expresado en los dos párrafos finales de las letras A) y B) del fundamento de derecho anterior.

La primera de ellas, porque si lo impugnado es una resolución presunta, que ficticiamente nace y se tiene por existente una vez transcurrido el plazo en que la Administración debió dar respuesta a la reclamación deducida sin hacerlo, no cabe, lógicamente, apreciar como causa de nulidad o anulabilidad de aquélla la omisión de concretos trámites del procedimiento, pues éste puede, sin que ello afecte en nada a la legalidad o ilegalidad de lo presuntamente resuelto, no haberse ni tan siquiera puesto en marcha con trámite alguno distinto al de la mera reclamación. La evidencia de esta afirmación excusaba a la Sala de instancia de la necesidad de examinar la cuestión relativa a la ausencia del informe del Consejo Consultivo de Andalucía; y de ahí que al no hacerlo no incurriera en el vicio de incongruencia omisiva.

Y la segunda, porque lo impugnado en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo sólo fue la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, constituyendo así desviación procesal una solicitud como aquella a la que se refiere el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia EDJ 2008/374306 .

SÉPTIMO.- La jurisprudencia de este Tribunal Supremo en esta materia de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico, enjuiciando supuestos en que una norma posterior, ya sea de rango legal o fruto de la revisión o modificación del planeamiento, o en que la protección debida de determinados bienes, u otras causas, impiden el desarrollo urbanizador antes previsto, descansa en una idea de partida que en síntesis puede ser expresada de este modo: El contenido económico del derecho de propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que sólo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza. Por ende, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento que hayan devenido inútiles.

Es esa una jurisprudencia que en esos o similares términos y con una mayor o menor extensión argumental, puede verse en las sentencias de 17 de febrero EDJ 1998/1090 y 6 de marzo de 1998 EDJ 1998/1889 , 9 de febrero EDJ 1999/1599 y 26 de noviembre de 1999 EDJ 1999/44600 , 6 de abril de 2005 EDJ 2005/40738 , 17 de junio de 2009 EDJ 2009/143890 , 24 de febrero EDJ 2010/31699 y 11 de mayo de 2010 EDJ 2010/84311 , etc., etc., dictadas en el recurso de apelación núm. 327/1993, y en los de casación núms. 109/1992, 340/1993, 9375/1995, 7944/2000, 944/2005, 1863/2008 y 3083/2008. Jurisprudencia que resalta, en fin, que la indemnización por la privación de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario, recordando a tal efecto lo que ponían de manifiesto, casi con plasticidad, los artículos 23 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio EDL 1992/15748 , por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, al describir la gradual incorporación de los derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario -derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación-.

OCTAVO.- En el caso de autos, se lee en aquel informe de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Algeciras aportado por la actora como documento núm. 2 con su escrito de demanda, que la parcela estaba clasificada y calificada como suelo urbano residencial, incluida en el Plan Especial de Protección y Reforma Interior "Plaza del Coral", que le asignaba una edificabilidad de 2m²/m², con una altura máxima de cuatro plantas más ático y cargas de urbanización y cesión de plaza y acceso al parque, con aparcamientos a ubicar bajo el edificio y la plaza.

A su vez, en el informe de valoración que acompañó como anexo núm. 20, tras expresar que se ha procedido a consultar la documentación del Planeamiento, se dice y reitera que la clasificación urbanística de aquel terreno es la de suelo urbano consolidado, a lo que añade que puede considerarse solar, sin que apreciemos nosotros que la primera de esas afirmaciones haya sido puesta en tela de juicio en momento alguno a lo largo del proceso.

No ofrece duda tampoco, pues se alega, no se niega y se desprende de varios de los documentos obrantes en autos, como son, por ejemplo, los acompañados con aquel escrito con los núms. 8 y 10, que la actora, además de la licencia de demolición a la que se refiere la sentencia de instancia EDJ 2008/374306 , solicitó la concesión de licencia de obras para 28 viviendas, local comercial y garaje-aparcamiento en el terreno sito en la calle San Nicolás, núms. 3 y 5. Licencia que a juicio de la Gerencia de Urbanismo procedía otorgar,

pues en aquel documento número 10 se lee que el Consejo de Gestión de ésta adoptó el 7 de marzo de 2002 un acuerdo comunicando a la Consejería de Cultura que si en el plazo de un mes no se recibía contestación sobre las actuaciones que fueran a tomar en esa parcela, "se concederá por parte de esta Gerencia Municipal de Urbanismo" esa licencia de obras solicitada.

Ni la ofrece, en fin, que la declaración de aquel Bien de Interés Cultural, con la delimitación de su entorno de protección, afectó a la totalidad del solar propiedad de la actora, impidiéndola llevar a cabo el desarrollo urbanístico previsto para él.

NOVENO.- A partir de tales datos, hemos de dar la razón a la parte actora cuando en el primero de sus motivos de casación denuncia que la sentencia de instancia EDJ 2008/374306 no expresa, no se pronuncia, sobre hechos que habiendo sido alegados oportunamente, tienen relación con la cuestión que había de ser resuelta. Pero sobre todo, hemos de darle la razón cuando en el segundo de dichos motivos denuncia la infracción de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271, producida al concluir la Sala de instancia que aquélla era titular de una mera expectativa y no de ningún derecho preexistente del que hubiera sido privada como consecuencia de la protección que ha de otorgarse al Bien de Interés Cultural y a su entorno. Producida, en suma, cuando afirma que no hay daño indemnizable.

DÉCIMO.- En virtud de aquel proceso gradual de adquisición de facultades y derechos de contenido urbanístico, hemos de afirmar, a la vista de lo alegado y documentado en las actuaciones; a la vista, también, de lo que disponían los artículos 13 y 14.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Reglas de Valoración EDL 1998/43304; y a la vista, en fin, de lo que dispone la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su art. 50 letra F) EDL 2002/56733, de aplicación íntegra, inmediata y directa desde su entrada en vigor por formar parte del Título II de la misma (Disposición transitoria primera de dicha Ley), hemos de afirmar, repetimos, que al tiempo de producirse la declaración del Bien de Interés Cultural y de frustrar con ello aquel proyecto urbanizador, había pasado a formar parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, el derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico que correspondía al mismo.

Por ende, la privación de ese derecho, aunque amparada por la aplicación de las normas sobre protección del Patrimonio Histórico, no deja de constituir una lesión antijurídica y como tal indemnizable, pues el propietario de dicho suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad. La evidencia de esto que afirmamos nos excusa de extendernos con mayores razonamientos sobre la concurrencia de ese elemento de la antijuridicidad del daño, pese o no obstante la extensión con que la Administración demandada se refiere a él.

UNDÉCIMO.- Tampoco podemos compartir el criterio o la consecuencia que la Sala de instancia extrae de la circunstancia de que el suelo, como conocía la actora al adquirirlo, estuviera incluido en el Plan Especial de Protección y Reforma Interior "Plaza del Coral". Sencillamente, porque era éste el que asignaba la edificabilidad luego frustrada; también, porque todo indica que los restos arqueológicos fueron descubiertos con ocasión o a raíz de las obras de demolición de los edificios antes existentes en el solar; y, en fin, porque ese Plan Especial no es uno de aquellos a los que alude el art. 20 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español EDL 1985/8710, ya que estos son los que han de ser redactados tras la declaración del Bien de Interés Cultural y para su protección.

DUODÉCIMO.- Lo razonado conduce derechamente a estimar el recurso de casación, restando sólo por examinar qué daños son los ocasionados a la actora y cual la indemnización a la que tiene derecho. Extremo en el que debemos distinguir y tratar por separado la que corresponde por el derecho urbanístico patrimonializado del que fue privada, y por los gastos efectuados para su consecución que luego devinieron inútiles.

A) En lo que hace al primero, no podemos aceptar la tasación que se lleva a cabo en aquel anexo núm. 20, pues su estudio, para el que se carece de una adecuada explicación en fase probatoria del proceso, nos conduce a entender que ahí se calcula, no el aprovechamiento urbanístico en sí mismo, por sí solo, sino el valor de mercado del terreno en la hipótesis de que no estuviera afectado por las limitaciones de índole arqueológica y pudiera, por tanto, materializar la totalidad del aprovechamiento, con inclusión y suma para el cálculo del valor de la edificación -viviendas, local y garajes- que hubiera de resultar. Obsérvese en este punto que el derecho a la edificación no se había consolidado ni había ingresado en el patrimonio de la actora en el momento en que se hizo imposible la materialización del aprovechamiento urbanístico previsto, sino en el momento, que no llegó, en que tras obtener la licencia hubiera edificado respetando lo dispuesto en ella y en la ordenación urbanística (art. 51.1.D) y 2 de aquella Ley 7/2002).

Por ello, al no disponer en las actuaciones de datos más convincentes, y siendo así que la actora adquirió aquel solar cuando ya era conocido, por ella, pero también por los vendedores, lógicamente, el aprovechamiento y las cargas que se derivaban de la ordenación urbanística aplicable en concreto a él, pagando aquélla por ese aprovechamiento según reconoce en la conclusión sexta de su escrito dedicado a ese trámite, entendemos y así lo decidimos, que el daño causado por el concepto de privación del aprovechamiento urbanístico patrimonializado es el que resulte de restar al precio de adquisición (318.536 euros) el valor que aquel suelo en aquel momento hubiera tenido como suelo carente de todo aprovechamiento de esa naturaleza. Cantidad a concretar en ejecución de sentencia y que, a fin de su actualización, habrá de incrementarse con el interés legal de la misma desde la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial.

B) Y por lo que hace a los segundos, tampoco podemos incluir todos los que la actora señala en los folios 30 y 31 de su demanda. De un lado, porque no participan de la naturaleza de gastos urbanísticos necesarios que luego devinieran inútiles, y sí, más bien, de desembolsos propios de una decisión empresarial y del riesgo inherente a ella, los que hubo de hacer por y para adquirir aquel solar. Y, de otro, porque los datos y elementos de juicio o de prueba que llegamos a ver en las actuaciones, en particular en los numerosos documentos que componen el anexo núm. 21 de los acompañados con la demanda, son en ocasiones poco precisos y carentes de la necesaria certeza, de suerte que sólo nos permiten tener por acreditados sin duda razonable los que se reclaman por los siguientes conceptos: "Honorarios de Proyecto Básico de Edificio con 28 viviendas, local comercial y garajes" (30.050,61 #); "Derechos de registro y visado del Colegio de Arquitectos" (1.651,42 #); "Tasa solicitud licencia de obra" (14.305,74 #); "Trabajos auxiliares de electricidad" (878,14 #); "Maquinaria

empleada en excavaciones arqueológicas" (4.850,63 #); "Intervención arqueológica de urgencia para diagnóstico previo" (8.130,44 #); "Licencia municipal demolición" (201,81 #); "Redacción de proyecto y dirección de obra de demolición" (3.137,28 #); y "Ejecución de la obra de demolición" (19.869,46 #). Lo que hace un total de 83.075,53 euros. Cantidad que, con el mismo fin, habrá de incrementarse con su interés legal desde la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial.

No incluimos, por tanto, las cantidades que la actora reclama por los conceptos de: "personal excavaciones arqueológicas" (ya que los documentos que a tal fin se acompañan no acreditan su correspondencia con ese concepto); "aval demolición" (pues lo que se acredita es la existencia del aval, pero no los gastos causados por su constitución); "varios" (pues desconocemos a que se refiere); "impuesto de transmisiones" (pues el documento que a tal fin se acompaña es de una imprecisión total); e "impuesto de bienes inmuebles" (pues su pago corresponde a la titularidad dominical que la actora sigue ostentando sobre aquel suelo).

Ni incluimos, en fin, cantidad alguna por el concepto de lucro cesante de la suma a que ascienden aquellos gastos inútiles que tenemos por acreditados, al no resultar de lo que ahí se alega que ello constituya un daño real y efectivo.

DECIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer imposición de las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO

HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal de la mercantil "Carbonell Figueras, S.A." interpone contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2008, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo núm. 847/2005 EDJ 2008/374306 . Sentencia que casamos, dejándola sin efecto. Y en su lugar:

Primero.- Estimamos en parte ese recurso contencioso-administrativo, interpuesto por aquella representación procesal contra la desestimación presunta, por silencio, de la reclamación de responsabilidad patrimonial que había deducido dicha mercantil el día 25 de octubre de 2003, por los daños causados en su patrimonio con la aprobación y publicación del Decreto 321/2003, de 18 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía EDL 2003/163347 , que al declarar Bien de Interés Cultural, con la categoría de Zona Arqueológica, las Factorías Romanas de Salazones de Algeciras (Cádiz), arrastró como consecuencia que no pudiera hacer suyo el aprovechamiento urbanístico previsto para el solar de su propiedad sito en la calle San Nicolás núms. 3 y 5 de dicha localidad.

Segundo.- Anulamos la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho.

Tercero.- Condenamos a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía a que indemnice a la repetida mercantil en las cantidades e intereses expresados en las letras A) y B) del fundamento de derecho duodécimo de esta sentencia.

Cuarto.- Desestimamos las restantes pretensiones deducidas en aquel recurso. Y

Quinto.- No hacemos imposición de las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042010100663