

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 2.324/2016

Fecha de sentencia: 28/10/2016

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2592/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 25/10/2016

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

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.3

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

Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Responsabilidad patrimonial. Aprovechamiento patrimonializado por licencia.

RECURSO CASACION núm.: 2592/2015

Ponente: Excma. 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. 2324/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. José Juan Suay Rincón

D.^a Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Mariano de Oro-Pulido y López

En Madrid, a 28 de octubre de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 2592/15, interpuesto por “**PROMOCIONES SAN CIPRIÁN, S.L.**”, representada por el procurador D. Rafael Gamarra Megías y con la asistencia letrada de D. José-Manuel Campos Moscoso, contra la sentencia dictada -10 de junio de 2015- por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el P.O.

7392/11, deducido frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial articulada –escrito presentado el 4 de octubre de 2010- por los daños y perjuicios derivados de la resolución del Director General de Patrimonio Cultural de la Junta de Galicia, por la que se adoptan una serie de medidas en relación con los hallazgos arqueológicos descubiertos en el lugar de Atalaia-San Ciprián (Cervo).

Ha sido parte recurrida la Junta de Galicia, representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia impugnada en casación desestima el recurso.

Parte de los siguientes hechos: **1)** Desde el 29 de septiembre de 2005 consta la aparición de restos arqueológicos en Punta Atalaia (San Cibrao), inscribiéndose el yacimiento en el Inventario de Yacimientos Arqueológicos con clave GA27013006, y comunicado al Ayuntamiento de Cervo; **2)** La recurrente es propietaria de tres solares sitos en la Rúa de Faro (San Cibrao) –integrados por diversas fincas registrales adquiridas en escrituras públicas otorgadas entre el 7 de marzo y el 29 de diciembre de 2006- para los que obtuvo licencias de obras -28 de noviembre de 2006, 1 de diciembre de 2006 y 18 de abril de 2007- para la construcción de tres edificios, respectivamente, de 42, 32 y 26 viviendas (con garaje y trastero); **3)** Iniciados los movimientos de tierras en el primero de ellos fue descubierto un yacimiento arqueológico lo que determinó (escrito de la Consejería de Cultura de la Junta en Lugo de 26 de noviembre de 2007), de un lado, la inmediata paralización de las obras (posteriormente autorizadas), y, de otro, que se instara a la mercantil a la realización de

un proyecto de excavación arqueológica; **4)** Una vez finalizada la excavación, que evidenció la existencia de restos arqueológicos de interés, y, previos los pertinentes informes, se dictó la resolución de 28 de junio de 2010 (con amparo en los arts. 61 y 63 de la Ley 8/95 y 2.c) del Decreto 199/87) que imponía las siguientes obligaciones: a) de conservación “in situ” de los restos arqueológicos descubiertos; b) los proyectos constructivos para los que se habían otorgado las licencias, deberían contemplar soluciones técnicas y medidas protectoras que garanticen la conservación “in situ” de tales hallazgos; y, c) la adopción de medidas de protección adecuada para evitar la degradación de los restos, medidas que se tomarán en coordinación con los servicios técnicos de la Consejería de Cultura y Turismo; **4)** El 4 de octubre de 2010 se presentó reclamación de responsabilidad patrimonial, por importe global de 4.404.276,92 €, con los intereses legales desde esa fecha, y que se desdoblada en los siguientes conceptos: a) valor de los solares y perjuicios derivados de la imposibilidad de ejecutar los proyectos de construcción por pérdida sobrevenida del aprovechamiento urbanístico, por importe global de 1.920.457,25 € (795.683,88 € por valor residual estático de 1512,85 m² de suelo, 764.766,45 por lucro cesante y 360.007 € por gastos inherentes a la obra ya desembolsados) respecto del solar “FARO II” (en el que se proyectaba la edificación de 32 viviendas), y, de 2.164.277,51 € (876.355,14 € por valor residual estático del suelo, 1.372,62 m² de lucro cesante, y, 164.429,72 € por gastos ya desembolsados) en relación con el solar de 28 viviendas (“FARO III”); b) perjuicios derivados de la paralización de las obras durante el período comprendido entre el 8 de julio de 2007 y el 31 de agosto de 2010, por importe, respectivamente, de 155.112,36 (FARO II), y, de 164.429,72 € (FARO III).

La sentencia, tras declarar la conformidad a derecho de la precitada resolución de 28 de junio de 2010, dictada al amparo de la normativa de Patrimonio Histórico, y reconocer la disminución del aprovechamiento urbanístico de dichas parcelas en la medida que no cabrá otro que el que permita la conservación de los restos arqueológicos

hallados, integrantes del patrimonio histórico gallego, afirma que el propietario del suelo tiene el deber jurídico de soportar esas limitaciones de su derecho de propiedad. Recuerda que la citada resolución no supone paralización de las obras, pues no se dicta al amparo del art. 59.4 de la Ley 8/95, de Patrimonio Cultural de Galicia, sino que se trata de un supuesto de intervención arqueológica de urgencia, autorizada por el art. 63.1 del mismo texto legal, con su propio régimen jurídico, y añade <<la declaración de adecuación al Ordenamiento Jurídico de la resolución de 28 de junio de 2010 del Director Xeral de Patrimonio Cultural, (por otra parte no impugnada) obliga a ser congruentes con ella, y en ese sentido no cabe reputar antijurídico aquel daño que se reclama en ella fundado. Pero es que a ello ha de añadirse, para descartar dicha antijuridicidad, que la obligación de realizar la intervención arqueológica venía impuesta desde el momento en que consta en el expediente administrativo - folio 265- que desde el 29 de septiembre de 2005 se había comunicado la aparición de restos arqueológicos en Punta Altaia, San Cibrao (...) consecuencia de lo cual el yacimiento arqueológico figuraba inscrito en el Inventario de Yacimientos Arqueológicos con clave GA27013006 y comunicado al Concello de Cervo, y sobre todo y mucho más cuando ya en el primer solar propiedad de la actora se encontraron vestigios y se paralizó la obra que luego fue de nuevo autorizada, con lo cual la necesidad de realizar sondajes arqueológicos o excavaciones en los solares adyacentes era una necesidad, y fue un hecho desde el primer momento, de modo que lógicamente la actividad constructiva en estos dos solares sobre los que se reclama es lógico que no se iniciara hasta la finalización de los sondeos, por ser presumiblemente cierta la existencia de hallazgos de restos arqueológicos, que por otra parte tampoco consta se hubiera iniciado.

De todo lo anterior se desprende que los daños y perjuicios por los que se reclama no son antijurídicos porque el titular de la obra tiene el deber jurídico de soportarlo a la vista de las determinaciones de los preceptos citados y de lo expuesto, lo cual impide la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración>>.

En ese contexto, además, dice la sentencia, << no consta que se iniciaran ni siquiera los movimientos de tierras propios a la ejecución de la edificación, ya que las excavaciones arqueológicas se establecieron ante el hallazgo de restos en el solar contiguo en el que la actora -también propietaria y promotora- si había comenzado los movimientos de tierra correspondientes a la ejecución de la obra(solar 1) ; se quiere decir con ello que **ante el descubrimiento en el solar contiguo de restos arqueológicos se determinó una excavación arqueológica de urgencia y todas las actuaciones inherentes se efectuaron y constituyen requisito previo a la intervención urbanística proyectada sobre el inmueble, las obras quedan**

condicionadas temporalmente a la realización de tales actividades arqueológicas, y materialmente al resultado de las mismas, a fin de proteger, conservar y difundir culturalmente los restos arqueológicos, retrasos que no guardan relación con supuestas paralizaciones de las obras que en efecto no consta, ya que, insistimos, se trata de las actuaciones arqueológicas que siempre son previas a la iniciación de las obras, una vez se tiene o presume constancia de hallazgos arqueológicos.

En esta tesitura no consta tampoco que pudiera haber gastos de promoción y ejecución, la promotora, como profesional de la edificación que es, debió prever la incidencia que podría surgir a consecuencia de la excavación en el solar inmediato también de su propiedad, y el más que notorio factible descubrimiento de restos arqueológicos en los otros dos solares, lo que prudencialmente hubo de llevar a la promotora necesariamente y de modo lógico a la no realización de actividad constructiva alguna en ambos solares/ parcelas y a la consecuente no realización de gasto alguno de promoción y/o ejecución que pudiere resultar comprometido por el previsible hallazgo, lo que nos lleva, a entender que no cabe tampoco por este concepto indemnización alguna

Preciso es poner así mismo de manifiesto que la actora en el escrito de demanda se limita a solicitar la indemnización por este concepto sin mayores explicaciones salvo la remisión al informe pericial que no es mucho más explicativo al respecto, a excepción de la alusión al dato del interés que aplica, y la descripción de partidas de gastos tanto de adquisición como de promoción y ejecución, que por cierto y a groso modo hacen referencia al propio proyecto arqueológico de excavación y que aun en la hipótesis más favorable a la actora - que ya decimos no es admisible-, tampoco serían incluibles como gasto en cuanto han sido reclamados independientemente en otro procedimiento.

De todo lo anterior se desprende que los daños y perjuicios por los que se reclama igualmente no son antijurídicos porque el titular de la obra tendría en este concreto supuesto y dadas las especiales circunstancias el deber jurídico de soportarlo a la vista de las determinaciones de todos los preceptos citados y de lo expuesto.>>

SEGUNDO.- Por la representación procesal de la actora se preparó recurso de casación contra la precitada sentencia ante la Sala de Galicia, que lo tuvo por preparado en tiempo y forma, y, emplazando a las partes para que comparecieran ante esta Sala del Tribunal Supremo, elevó las actuaciones, que tuvieron entrada en el Registro del Tribunal el 17 de noviembre de 2015.

TERCERO.- Personada la recurrente, formalizó escrito de interposición, fundado en el art. 881.d) LJCA <<Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate>>.

Y articulado en un **motivo único**, por infracción de los arts. 139 y 141 de la Ley 30/92 y la jurisprudencia que los interpreta, con cita y transcripción parcial de las sentencias de esta Sala Tercera, Sección Sexta (de 25 de junio de 2003, casación 6754/00, 2 de diciembre de 2014, casación 801/12; 22 de junio de 2015, casación 341/13), y, Sección Cuarta (de 15 de diciembre de 2010, casación 1336/09).

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se emplazó a la parte recurrida, que presentó escrito de oposición.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló, para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 25 de octubre de 2016, teniendo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión no estriba en analizar la legalidad de la resolución de 28 de junio de 2010 –nunca cuestionada-, causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la pérdida de aprovechamiento urbanístico de los solares “FARO II” y “FARO III”, para los que la recurrente disponía de licencia de obras – otorgadas por el Concejo de Cervo, respectivamente, el 2 de diciembre de 2006 y el 26 de abril de 2007- que la autorizaban a la construcción de sendos edificios de 32 y 26 viviendas (con garaje y trastero), sino en determinar si las limitaciones al aprovechamiento del suelo impuestas, en aplicación de la Ley 8/95, de Patrimonio Cultural de Galicia (en beneficio

de ese patrimonio histórico, y, por ende, de toda la colectividad), como consecuencia de los hallazgos arqueológicos, tiene la propietaria, como afirma la sentencia, el deber jurídico de soportarlo.

Debemos recordar, al efecto, que el contenido del derecho de propiedad, como derecho de configuración legal (delimitado, ex art. 33 CE, por su “función social”), viene determinado por la ley. Tratándose, como aquí acaece, de la propiedad del suelo, y, en concreto, del derecho a edificar éste se materializa con la licencia urbanística, patrimonializándose en ese momento, con las consecuencias indemnizatorias que ello comporta.

Antes del otorgamiento de licencia existe una mera expectativa, un simple derecho a solicitarla, pero cualquier cambio normativo o de otra naturaleza que impida su otorgamiento, y, por consiguiente, la materialización del aprovechamiento que hasta ese momento pueda ostentar el suelo, no da derecho a ningún tipo de indemnización.

La licencia, sin embargo, incorpora al patrimonio de su titular el derecho a edificarlo en los términos en ella autorizado, dentro del plazo de caducidad con el que, en su caso, se otorga.

En este caso, la recurrente tenía las pertinentes licencias cuando se descubrieron los primeros vestigios arqueológicos con ocasión del movimiento de tierras en el solar contiguo, también de su propiedad, por ello la imposibilidad de ejecutar los proyectos, sin otra solución alternativa (así se dice en el informe emitido por los Arquitectos Sres. Fernández Catá y Meitín Míguez, obrante en el folio 270 del expediente administrativo, ratificado judicialmente, sin que la Junta de Galicia haya contraprobado ni cuestionado tan esencial extremo), comporta la privación de un derecho (el derecho a edificar los dos edificios autorizados por las licencias) que, aunque esté amparada en las normas

de protección del patrimonio en beneficio del interés general, la ablación de ese derecho –precisamente porque redundaba en beneficio de la colectividad- no puede ser soportado exclusivamente por su titular, constituyendo una lesión antijurídica, y como tal, indemnizable porque el propietario del 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. En este sentido nos hemos pronunciado, a título de ejemplo cabe recordar, además de las sentencias citadas como soporte de este recurso de casación, la sentencia de 15 de diciembre de 2010 (casación 1336/09).

Procede, en consecuencia y en la medida que la Sala de instancia, sin negar la pérdida de aprovechamiento, rechazaba la pretensión actora por entender que el daño ocasionado no era antijurídico, estimar el motivo y, con él este recurso de casación, casando la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- Con arreglo a lo dispuesto en el art. 95.2.d) LJCA, habremos de analizar la extensión y conceptos indemnizatorios a los que tiene derecho la recurrente, sin que para ello sea obstáculo el hecho de que en 2005, con ocasión de la construcción de un observatorio de fauna marina en el Faro de San Cibrao, se encontraran yacimientos arqueológicos que fueron inventariados con clave GA27013006, comunicados, al parecer, al Ayuntamiento de Cervo, pues, en todo caso, tal circunstancia daría eventualmente derecho a repetir contra dicho Ayuntamiento, si de la comunicación efectuada se infería la imposibilidad o inconveniencia de otorgar las licencias.

Hay un dato esencial a tomar en consideración para la determinación de las indemnizaciones y es que en ningún momento se iniciaron las obras de construcción y el reembolso de los gastos del proyecto de excavación a que fue requerida para determinar la posible existencia de restos arqueológicos han sido objeto de otra reclamación.

La recurrente reclama, en primer término, el valor del suelo tasado con arreglo al art. 24 del TRLS 2008, por el método residual estático, con los parámetros urbanísticos aplicados a los proyectos para los que se otorgaron las licencias y que, precisamente, como consecuencia de la necesidad de mantener “in situ” los hallazgos arqueológicos, impuesta por la resolución de 27 de junio de 2010, no solo no pueden ejecutarse, sino que, según los informes técnicos de parte –no contradichos de contrario-, hace inviable cualquier otra alternativa de similares características. Pretensión que, desde luego, ha de rechazarse de plano, pues cuando se impuso tal limitación no se había efectuado ninguna edificación, sin que, por tanto, tuviera consolidado derecho alguno a lo “virtualmente” edificado, único supuesto en el que cabría una indemnización en tal sentido. Además, el hecho de que no puedan construirse los edificios proyectados u otros similares no quiere decir que el solar carezca de todo tipo de aprovechamiento urbanístico, manteniéndose la propiedad del suelo.

La indemnización solo puede compensar la pérdida de aprovechamiento que se ha producido como consecuencia de la obligación de mantener “in situ” los hallazgos arqueológicos, circunstancia esencial que no consta y que ha de quedar deferida al trámite de ejecución de sentencia para que, por arquitecto designado judicialmente, se proceda a su determinación, adoptándose una fórmula similar a la empleada en la precitada sentencia de 15 de diciembre de 2010 donde el montante del daño indemnizable –privación del aprovechamiento urbanístico patrimonializado- será el que resulte de restar al precio de adquisición de ambos solares, el valor que dicho suelo hubiera tenido en el momento de la adquisición de contar con las limitaciones impuestas por la resolución de 28 de junio de 2010, cantidad que habrá de incrementarse con el interés legal desde la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial.

La segunda partida indemnizatoria que se postula viene referida al lucro cesante o beneficio previsto con la promoción y que cifra en

360.007 € para el solar denominado “FARO II” y de 935.382,37 € para el “FARO III”.

Lo que pretende que se indemnice es una mera expectativa, un “sueño de ganancia” respecto de unos proyectos urbanísticos que no llegaron a iniciarse, algo que, desde luego, no puede acogerse.

Cuestión distinta es el reembolso de los gastos de los dos proyectos, de las licencias y de publicidad de las promociones –sin que, al no haberse iniciado ningún tipo de obras, conste otro tipo de gastos en ese sentido-, únicos que, al devenir inútiles ante la imposibilidad de ejecutar los proyectos como consecuencia de la obligación de mantener “in situ” los hallazgos, son indemnizables y cuyo importe deberá ser determinado en el trámite de ejecución de sentencia conforme a lo que, en este sentido, haya quedado documentado en autos.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo deducido por “PROMOCIONES SAN CIPRIÁN, S.L.”.

TERCERO.- COSTAS

Conforme al art. 139.1.2 LJCA, no se efectúa pronunciamiento en materia de costas en casación, ni en la instancia.

F A L L O

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

PRIMERO.- HA LUGAR al recurso de casación número 2592/15, interpuesto por “**PROMOCIONES SAN CIPRIÁN, S.L.**”, representada

por el procurador D. Rafael Gamarra Megías y con la asistencia letrada de D. José-Manuel Campos Moscoso, contra la sentencia dictada -10 de junio de 2015- por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el P.O. 7392/11. Sin costas.

SEGUNDO.- CASAR y ANULAR la precitada sentencia de 10 de junio de 2015 de la Sección Tercera de la Sala de Galicia (P.O. 7392/11).

TERCERO.- ESTIMAR PARCIALMENTE EL P.O. 7392/11, anulando la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial articulada por los daños y perjuicios derivados de la resolución del Director General de Patrimonio Cultural de la Junta de Galicia de 28 de junio de 2010, por la que se adoptaban una serie de medidas en relación con los hallazgos arqueológicos descubiertos en el lugar de Atalaia-San Ciprián (Cervo), **RECONOCIENDO EL DERECHO** de **“PROMOCIONES SAN CIPRIÁN, S.L.”** al abono de una indemnización por la reducción del aprovechamiento patrimonializado en las licencias otorgadas el 1 de diciembre de 2006 y el 18 de abril de 2007, así como al reintegro de los gastos satisfechos por los proyectos, licencias y promoción inmobiliaria, cantidades que se concretarán en trámite de ejecución de sentencia con arreglo a los parámetros establecidos en el F.D. Segundo de la presente resolución, cantidades que se incrementarán con el interés legal desde la fecha de presentación de la reclamación en sede administrativa hasta su completo pago. 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.

Pina D. José Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero

Rincón D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. José Suay

Morate D^a Inés Huerta Garicano D. César Tolosa Tribiño D. Jesús Ernesto Peces

D. Mariano de Oro-Pulido López

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia la Excma. Sra. Magistrada Ponente Dña. **Inés Huerta Garicano**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.