



Roj: **STSJ AND 6163/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:6163**

Id Cendoj: **41091330022017100204**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **13/06/2017**

Nº de Recurso: **908/2012**

Nº de Resolución: **684/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARTA ROSA LOPEZ VELASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SEVILLA

SENTENCIA

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

D. ANTONIO MORENO ANDRADE

D. JOSE SANTOS GOMEZ

D^a. MARTA ROSA LOPEZ VELASCO

En la ciudad de Sevilla, a trece de junio de dos mil diecisiete.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el recurso contencioso administrativo número 908/2012 a instancia de las entidades DONKASA CENTRO S.A, PARQUE FUENTE DEL SOL, S.L. y PROMOTORA DE CENTROS COMERCIALES Y RECREATIVOS, S.A., representadas por la Sra. Procuradora D^a. María de la Soledad Galán Rebollo y asistidas por el Sr. Letrado D. José Fidel Muriel Hernández, siendo parte demandada el Excmo. Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera representado por el Sr. Procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá y asistido por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, y como codemandadas la Junta de Andalucía representada y asistida por la Sra. Letrada de la Junta de Andalucía y la entidad **aseguradora** MAPFRE EMPRESAS, S.A. representada por el Sr. Procurador D. Francisco Javier Macarro Sánchez del Corral y defendida por el Sr. Letrado D. Francisco Javier Álvarez Martínez ; y ha pronunciado, en nombre de S.M. el Rey, la siguiente resolución, siendo Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a. MARTA ROSA LOPEZ VELASCO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sra. Procuradora D^a. María de la Soledad Galán Rebollo en nombre y representación de las entidades mercantiles DONKASA CENTRO S.A, PARQUE FUENTE DEL SOL, S.L. y PROMOTORA DE CENTROS COMERCIALES Y RECREATIVOS, S.A., interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución presunta desestimatoria de su reclamación de **responsabilidad patrimonial** presentada en fechas 30 de diciembre de 2011 contra el Ayuntamiento de Chiclana y la Junta de Andalucía.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso y recabado el expediente administrativo, por la parte recurrente se formalizó en tiempo y forma su demanda, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derechos que estimó de aplicación al caso, interesaba se dictase sentencia por la que se condene solidariamente al Ayuntamiento de Chiclana y a la Junta de Andalucía a abonarle la suma de 18.322.109,80 euros en concepto



de daños producidos por la declaración de nulidad del Plan General (de Ordenación Urbana) de Chiclana de la Frontera más los intereses correspondientes desde la interposición de la demanda y con condena en costas a las demandadas "sin perjuicio de que, como consecuencia de la aportación de otras valoraciones independientes, dicha cuantía pudiese verse alterada."

TERCERO.- El Excmo. Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera contestó la demanda interesando su desestimación. La Junta de Andalucía personada, contestó interesando la inadmisión del recurso o su desestimación. En el mismo sentido formalizó su contestación a la demanda la Entidad **aseguradora** codemandada.

CUARTO.- La cuantía del recurso se fijó en 18.322.109,80€. Habiéndose acordado el recibimiento del pleito a prueba, se admitió la prueba propuesta por la recurrente en sus otrosí 1.3, 3, 4 y 5 en los términos expresados, la prueba documental y de interrogatorio de parte propuesta por la demandada y la documental propuesta por la codemandada Mapfre Seguro de Empresas S.A., que se practicó con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- En fase de conclusiones la parte recurrente modificó su pretensión en el sentido de fijar la cuantía de la indemnización en la suma de 15.504.957,48 euros. Las restantes partes se ratificaron en sus pretensiones.

SEXTO.- Señalado día para su votación y fallo, tuvo lugar con el resultado que a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interesan las recurrentes, DONKASA CENTRO S.A, PARQUE FUENTE DEL SOL, S.L. y PROMOTORA DE CENTROS COMERCIALES Y RECREATIVOS, S.A., se condene solidariamente al Excmo. Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera y la Junta de Andalucía a abonarles la suma total de 18.322.109,80 en concepto de daños que se alegan producidos por la declaración de nulidad del Plan General (de Ordenación Urbana) de Chiclana de la Frontera.

En su demanda alegan, en síntesis, que la entidad DONKASA CENTRO, S.A. firmó con el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera en fecha 20 de septiembre de 2002 Convenio Urbanístico para el denominado Sector 22 (Melilla 2), según la nomenclatura del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Chiclana de la Frontera, en cuya virtud los suscribientes se obligaban a entregar al Ayuntamiento una serie de fincas y se hacían cargo, a su costa, de la ejecución de un viario de conexión previsto en el planeamiento general entre Loma del Puerco y Novo Sancti Petri, en el tramo que discurría desde la rotonda del Novo Sancti Petri hasta el sector 23 Venta Melilla 1, y, como contrapartida, el Ayuntamiento se comprometía a incluir los terrenos propiedad de las mercantiles firmantes en el PGOU en tramitación, el suelo tendría la condición de urbanizable programado y se establecía que los propietarios de los terrenos objeto del Convenio tendrían derecho a patrimonializar un noventa por ciento del aprovechamiento tipo del área de reparto.

Se formalizaron las cesiones de parcelas de manera inmediata en escritura pública salvo la finca que se identifica como de 2.466 m² (Anexo 2A del Convenio), que debía cederse en el mes siguiente a la aprobación definitiva del PGOU. Resultando la entrega en ese plazo, se alega, imposible hasta que se aprobaran los proyectos de equidistribución.

EL PGOU se aprobó en versión refundida el 3 de diciembre de 2003, y, como consecuencia de las numerosas reclamaciones judiciales, el 10 de abril de 2007 se aprueba otro texto refundido que es declarado nulo por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2011 .

En el PGOU se incluyeron el sector 22 y el sector 23 como suelo urbanizable delimitado a desarrollar en el primer cuatrienio, imponiéndose como condición para su desarrollo el que los propietarios del sector 23 Melilla 1, que se refiere eran coincidentes con los del sector 22, asumieran la carga de continuar el vial. Imposición que se refiere no se concretó en ningún acuerdo expreso, al tratarse de un sistema general, pero se obligó a los propietarios del Sector 22 Melilla 2, objeto del Convenio, a asumir la carga de continuar el vial al tratarse de los mismos propietarios de los dos sectores. Una de las causas de la demora en la ejecución de vial fue la existencia de un endemismo protegido (*Thymus Albicans*) en una finca de titularidad municipal, que ha sido una de las causas determinantes, asimismo, de la imposibilidad de ejecutar las previsiones del planeamiento. Si bien la causa decisiva, se alega, fue la nulidad del Plan General.

Los promotores de ambos sectores realizaron importantes desembolsos en la confianza que generaba la presumible legalidad del Plan y el Convenio Urbanístico que, se alega, se extendía tanto al Sector 22 (Melilla 2) como al Sector 23 (Melilla 1) aunque este último "no fuese objeto del Convenio", pues se asumían parte de los costes atribuibles a este Sector, en particular, la ejecución del vial en su trazado hasta la rotonda de la Loma de Puerco.



Que se presentó reclamación por los daños sufridos por importe de 17.131.461 euros, pero, se alega, posteriormente se comprobó que el daño real ascendía a 18.322.109,80 euros, distinguiendo, dialécticamente según señala, entre unos daños derivados del incumplimiento contractual con base en el Convenio suscrito y otra parte como daños extracontractuales.

Con relación a la resolución desestimatoria dictada por la Entidad Local se alega que incurre en una artificiosa diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual, e invocando incumplimiento del Convenio, que entre otras razones se refiere a la falta de previsión por los promotores de la existencia del endémico, cuando el mismo se encuentra en una finca de la Entidad Local, al incumplimiento del plan de etapas, debiendo partirse de la nulidad de pleno derecho del PGOU y por lo tanto del referido plan de etapas, que no tendría carácter vinculante y su cumplimiento resultaba imposible pese a los esfuerzos al efecto de los promotores.

No concurrirían los incumplimientos, por los promotores, a que se refiere el informe del Consejo Consultivo de Andalucía con relación al Convenio y Plan de Etapas del Plan General. Se hace un relato de las vicisitudes de la actuación en orden al cumplimiento concluyendo que era imposible cumplir con lo estipulado en el plan de etapas en tan breve período de tiempo, física y jurídicamente, más aun cuando cabía la posibilidad, luego confirmada, de la declaración de nulidad del Plan. En cuanto a la declaración de la caducidad de la iniciativa de compensación, no existiendo planteamiento habilitante no podía activarse la ejecución que representa el sistema de compensación, respecto de la no publicación en el BOP de los Planes Parciales, resultaba a principios del año 2011 un gasto inútil por la razonable certeza del destino del PGOU finalmente anulado, y respecto de la no redacción por los particulares del Proyecto de Modificación del Plan General, se trataría de una competencia municipal que no se concretó sino de forma genérica, y, en todo caso, habría sido un gasto (a asumir por los particulares) inútil.

En cuanto a los Proyectos de Compensación y Urbanización estaban redactados desde 2006, cuando se presentaron los Planes Parciales para la tramitación, pero no se había aprobado el planeamiento parcial habilitante (se reconoce no pagado aunque se refiere que es un pago devengado).

En cuanto a la posibilidad de que la lesión producida se repare en el futuro Plan General que se elabore y apruebe se alega que pudiera ser así pero los daños originados lo son en el momento el que se produce el acto lesivo de la Administración.

En cuanto a los gastos realizados se diferencian:

a) Gastos comunes a ambos sectores, que comprenden, el pago de las parcelas para entregar al Ayuntamiento (1.128.312€), los proyectos del vial Lomo Novo Sancti Petri (36.250,30€), el "convenio con Sevillana Endesa" y la obra (correspondiente) del mismo (100.180 €) y los gastos de aparejador, topógrafo y petición y estudio ofertas vial (12.140.20 €).

b) Compra del suelo, por importe de 1.050.233 € con relación al Sector Melilla I y 1.054.803 y 913.011 € con relación al Sector Melilla II.

c) Gastos de Proyecto, abonados a sendos arquitectos por importe de 9.610 y 216.574,75€ por Planes Parciales, Proyectos de Urbanización y de Reparcelación de los dos sectores.

En total 4.521.114,25€

Asimismo se reclama la "valoración de los terrenos a fecha 30 de junio de 2011" en la que se alega producida la lesión patrimonial, 8.129.917,11 € con relación al Sector Melilla 2, y 5.671.048,41 € con relación al Sector Melilla 1, esta última, por error, se reconoce no había sido aportada al expediente.

En la fundamentación jurídica de la demanda se alegaba que cualquiera que fuera el título de imputación, contractual o extracontractual, se produce una lesión como consecuencia de una actividad administrativa. La responsabilidad extracontractual se concreta en el ámbito urbanístico en la obligación de indemnizar como consecuencia de las modificaciones en el planeamiento, constituyendo la versión más extrema de ese *ius variandi* el supuesto de imposibilidad del administrado de ejecutar el planeamiento como consecuencia de la nulidad de los instrumentos de planeamiento. La facultad de las recurrentes de participar en la actuación urbanizadora se vio frustrada como consecuencia del incumplimiento del Convenio por el anormal funcionamiento de la Administración en la tramitación y aprobación del Plan General.

En lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual de la Administración se alega que el daño producido no deriva sólo del incumplimiento contractual, sino del irregular procedimiento de elaboración y aprobación de los Planes. Concurriendo todos los requisitos exigidos para su apreciación.

El daño sería indemnizable de acuerdo con lo previsto en el art. 25 del TR de la Ley del Suelo y Valoraciones .



Finalmente se invocaba la concurrencia de un enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido de los promotores unos bienes valorados en más de un millón seiscientos mil euros. Se invoca la sentencia de 14 de Abril de 2011, rec. 94/11 , referida al incumplimiento de Convenio Urbanístico, en la que se reconocía bien la facultad de resolver por el particular bien reclamar a la Administración por un enriquecimiento injusto, y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2014, rec 3395/11 .

En fase de conclusiones la recurrente modificó la cuantía de su reclamación y expuso reconsiderar el derecho aplicable, invocando la plena aplicabilidad de la DT3ª de la Ley del Suelo . En la demanda se había utilizado como método de valoración del suelo el método residual dinámico. La aplicabilidad de la DT3ª determina que la valoración del suelo se haga con arreglo a los valores básicos de repercusión fijados por las ponencias catastrales. Las indemnizaciones que se reclaman corresponderían a la pérdida de la facultad de urbanizar que se fija en 1.463.582,53 euros, en el valor de suelo de acuerdo con los criterios de legislación urbanística, que se fija en 12.481.623,85 euros. Lo que se califica como "gastos inútiles" que comprenderían el proyecto del vial Lomo Novo Sancti Petri (36.250€), el convenio con Sevillana Endesa (100.180 €), los gastos de aparejador y topógrafo (12.140.20€), los pagos a los arquitectos Sr. Camilo (6.610€) y Sr. Estanislao y Gestarquitur (216.574€), que suman 371.754 € y a los que se refiere "hay que aplicarles la suma de la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo" por lo que estima debería serle abonado en tal concepto la suma total de 431.439,10 €. Los pagos realizados al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, según Convenio 1.128.313,78 euros por la compra de terrenos entregados al Ayuntamiento. Lo que sumaba un total de 15.504.959€

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera alega en su contestación a la demanda que la reclamación por importe de 17.131.461 € fue solicitada a favor de la entidad Donkasa Centro S.A. y su filial Parque Fuente del Sol, al amparo del RD 429/93 Reglamento Regulador de los Procedimientos de Reclamación de **Responsabilidad Patrimonial** de la Administración, por lo que carece de **legitimación** activa la recurrente Promotora de Centros Comerciales S.A. que no instó la petición contra cuya desestimación se interpone el recurso. Y no coincidiendo la suma reclamada en vía administrativa con la solicitada en la demanda.

El Sector23, Melilla I no contaba con Convenio Urbanístico de Planeamiento. En lo que se refiere al Sector 22 Melilla II se suscribió en fecha 20 de septiembre de 2002 Convenio Urbanístico, se invoca la concurrencia de incumplimientos por parte de las recurrentes. Se expone la secuencia de actos con relación al referido Convenio y la tramitación del PGOU.

Se plantean respecto de las dos mercantiles legitimadas dudas sobre el debido cumplimiento de lo dispuesto en el art. 45.2.d de la LJCA .

En sus fundamentos de derecho se expone las conclusiones alcanzadas en el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía. Se trataría de una cuestión de responsabilidad contractual no propia del expediente extracontractual planteado. No concurrirían los requisitos para la apreciación de la responsabilidad extracontractual. No se invoca un daño efectivo. El derecho a la indemnización por el presunto menor valor de los terrenos requiere se acredite la existencia de una concreta lesión patrimonial, no se han incorporado aprovechamientos urbanísticos. Se invocan al efecto diversas sentencias en apoyo de la fundamentación jurídica de su postura procesal.

Fuente del Sol S.L no suscribió convenio alguno con la Administración, pero los gastos que se achacan a esa sociedad se integran en la denominada responsabilidad contractual (caso de la factura al folio 188).

TERCERO.- La Sra. Letrada de la Junta de Andalucía en la representación que ostenta alegó en su contestación a la demanda, en primer lugar la falta de **legitimación** activa, y en todo caso la falta de agotamiento de la vía previa administrativa, de la entidad mercantil Promotora de Centros Comerciales S.A. por cuanto la inicial reclamación en vía administrativa fue presentada solo en nombre de las otras dos corecurrentes. Se incurriría en causa de inadmisión del recurso por infracción de las previsiones del art. 45.2.d con relación al 69.b de la LJCA al no constar se haya adoptado por el órgano competente, según sus estatutos, de las mercantiles recurrentes legitimadas (y subsidiariamente se alega respecto de aquella de la que se había negado su **legitimación** activa) acuerdo de interposición del recurso contencioso administrativo. La demanda incurre en una desviación procesal en el quantum del suplico al reclamar una indemnización distinta y de cuantía superior a la que fue objeto de reclamación en vía administrativa.

No concurren los presupuestos para la existencia de responsabilidad de la Junta de Andalucía, por cuanto el fundamento de los daños que dice haber padecido se conectan con el contenido de las estipulaciones del Convenio de Planeamiento de 12 de noviembre de 2012 suscrito, exclusivamente, con la Entidad Local codemandada, no vinculándose los daños de forma autónoma y directa con la aprobación autonómica del PGOU posteriormente anulada. De hecho en la demanda se reconocería que parte de los daños reclamados (4.623.666 euros) se derivan exclusivamente del convenio urbanístico.



Tampoco cabe hablar de daño antijurídico con relación a los restantes daños reclamados por importe de 12.507.795 €, en cuanto vienen a suponer la pérdida del valor de los suelos de la actora, pues no hay un derecho que se haya patrimonializado por mor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del PGOU. No serían de aplicación las previsiones del art. 25 del TRL. Los suelos de la reclamante no han dejado de tener la consideración de rural a efectos de valoración. La adquisición de los suelos se realiza cuando tenían aun la calificación de rústicos (no urbanizable) lo que evidenciaría que estamos ante una decisión empresarial especulativa, fundada en una mera expectativa, cuya frustración no puede repercutirse en la Administración.

Concurriría prescripción del derecho a reclamar por cuanto en la demanda se señala que la fecha en que se produce la lesión patrimonial es la de la STS 30 de junio de 2011, pero, además de que a tal fecha no estaba patrimonializado su derecho, la referida sentencia se refiere al Acuerdo de la CPOTU de 2005 (de fecha 21 de julio de 2005, anulado por sentencias de esta Sala de 16 y 23 de octubre de 2007, confirmada la última por la STS de 30 de junio de 2011), pero por STS de 1 de junio de 2011 se había anulado con carácter firme el Acuerdo de la CPOTU de 2007 que aprobaba definitivamente el Plan General y que suponía la derogación del TR del PGOU aprobado en 2005, y el Acuerdo de la CPOTU de Cádiz de 23 de diciembre de 2003 por la que se aprobaba el PGOU de Chiclana de la Frontera fue objeto de anulación judicial por sentencias de esta Sala de 21 de marzo y 28 de septiembre de 2006 confirmadas por STS de 13 y 28 de mayo de 2009, habiendo finalizado el plazo de prescripción a la fecha de presentación de la solicitud el 30 de diciembre de 2011.

Tampoco cabría hablar de daño efectivo cuando los terrenos serán previsiblemente calificados como suelo urbanizable, según se desprende de la tramitación del nuevo PGOU, aprobado inicialmente por Acuerdo de 24 de enero de 2014, por lo que concurriría un riesgo incontestable de enriquecimiento injusto de las recurrentes.

No existe nexo causal entre la actuación de la Administración Autonómica y el resultado dañoso. Ha existido un incumplimiento de los deberes urbanísticos de los propietarios del suelo, que ha conducido a la demora en la ejecución.

En ningún caso concurre enriquecimiento injusto de la Junta de Andalucía. La demanda no determina debidamente los daños cuyo resarcimiento corresponderían a la Administración Autonómica pues no es aceptable que se le reclamen los que se refieren a gastos derivados de forma exclusiva y directa del Convenio Urbanístico del que no fue parte. Además en la reclamación no se incluyó pericial relativa al suelo del Sector Melilla I. El valor de tasación adoptado a la aprobación definitiva del Proyecto de Urbanización y Proyecto de Reparcelación del Sector 22, Melilla II.

CUARTO.- La entidad **aseguradora** MAPFRE SEGURO DE EMPRESAS, S.A., se adhirió a las causas de inadmisión alegadas por la Junta de Andalucía. Alega la inexistencia del daño resarcible, al no concurrir patrimonialización del aprovechamiento urbanístico. La catalogación de las parcelas es y ha sido en todo momento la de suelo rústico existiendo solo una expectativa para la futura catalogación. No se ejecutaron las obligaciones urbanísticas que permitirán en su caso patrimonializar el aprovechamiento urbanístico.

En lo que se refiere a sus relaciones, por su objeto, con la Entidad Local se alegaba la inexistencia de cobertura por tratarse de una actuación de la Corporación (Convenio Urbanístico suscrito) anterior a la contratación de la póliza (1 de enero de 2004), haberse realizado la reclamación fuera de su ámbito temporal, y no encontrarse el daño patrimonial amparado por la póliza concertada. De atenderse a la sentencia de fecha 10 de febrero de 2009 del TSJA debería tomarse en consideración que la póliza fue rescindida el 31 de diciembre de 2008. La suma máxima asegurada es de 450.000€.

Por otra parte no concurriría el daño reclamado. Sobre el Sector Melilla 1 no existe Convenio Urbanístico alguno, siendo la actuación de las entidades especulativa, extrapolando lo acordado respecto de un sector al otro, sin que se alcanzara Acuerdo o compromiso alguno. En todo caso de entenderse incumplido el convenio debió interesarse su anulación con devolución de las prestaciones pactadas y, en su caso, la reclamación de daños y perjuicios. La diferencia de valor de las fincas no se corresponde con una realidad, se compraron con la calificación de rústicas y esta sigue siendo su calificación. La misma valoración aportada por la parte comprende una tasación condicionada a la recalificación y advirtiendo que en caso de incumplimiento de las obligaciones urbanísticas las parcelas serían expropiadas conforme a su valoración rústica.

Solo se aportó al expediente tasación referida al Sector Melilla 2.

QUINTO.- Examinando en primer lugar las cuestiones previas de inadmisibilidad, en lo que se refiere a la **legitimación** activa de la corecurrente PROMOTORA DE CENTROS COMERCIALES S.A. ha de apreciarse que efectivamente la solicitud desestimada por la resolución impugnada no fue presentada en su nombre sino en el de las otras dos entidades mercantiles recurrentes, sin que se invoque situación alguna de sucesión jurídica que justificase su presencia sin previo agotamiento de la vía administrativa, por lo que (aunque cabe apreciar que los escritos presentados después del trámite de contestación de la demanda por la representación de la



parte recurrente ya no se incluye a la referida entidad en el encabezamiento) debería apreciarse la causa de inadmisión articulada con relación a la referida mercantil al amparo de las previsiones del art. 69.b y c de la LJCA .

SEXTO.- En lo que se refiere al incumplimiento de las previsiones del art. 45.2.d de la LJCA debe señalarse que como expone la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2016, rec. 1015/14 :

" Conforme a la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia pronunciada por el Pleno con fecha 5 de noviembre de 2008 (recurso de casación 4755/2005), reiterada en las posteriores citadas al articular el presente motivo de casación por la propia Administración recurrente, y, además, en las pronunciadas por esta misma Sección Quinta de la Sala Tercera de fechas 26 de junio de 2014 (recurso de casación 462/2012), 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 446/2013), 2 de junio de 2015 (recurso de casación 2533/2013) y 22 de octubre de 2015 (recurso de casación 4010/2013), es necesario, en aplicación de lo establecido por el artículo 45.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción , que las entidades mercantiles justifiquen que el órgano facultado para entablar acciones ante la jurisdicción ha decidido ejercitar la acción concreta de que se trata, para lo que es preciso acompañar el documento que lo acredite, que, en el supuesto de las sociedades mercantiles, serán sus estatutos sociales, pues, de lo contrario, procederá, según lo dispuesto en los artículos 68.1.a) y 69.b) de la misma Ley Jurisdiccional , declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por haberse interpuesto por persona no legitimada.

*Ahora bien, esa misma doctrina jurisprudencial, en virtud de una interpretación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (EDL 1998/44323) acorde con el derecho a una tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24 de la Constitución , ha declarado que si la parte, ante la denuncia de esa falta de **legitimación** por la contraria, hubiese observado una conducta tendente a subsanar el defecto, el órgano jurisdiccional, antes de declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso- administrativo, deberá señalar expresamente a la parte el defecto que ha de subsanar, confiriéndole el plazo de diez días para llevarlo a cabo, suspendiendo incluso el plazo para dictar sentencia."*

En el caso de autos sin embargo entendemos que la invocación de la referida causa de inadmisión ha de responder al desconocimiento por la recurrida, aun no personada en ese estadio de los autos, del tramite dado a la recurrente con ocasión de la interposición del recurso contencioso administrativo por diligencia de ordenación de 19 de diciembre de 2012 en el que expresamente se interesó de la misma aportase " los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones (acuerdo y estatutos) conforme a lo dispuesto en el art. 45.2. letra d) de la LJCA " .

Según resultaba de los autos se había otorgado acta de apoderamiento a favor del Sr. Procurador actuante por D. Rosendo quien manifestó actuar en nombre y representación de la entidad PARQUE FUENTE DEL SOL S.L. según escritura pública otorgada en fecha 30 de diciembre de 2008, de la entidad DONKASA CENTRO S.A. según escritura pública de fecha 30 de diciembre de 2008, y de la entidad PROMOTORA DE CENTROS COMERCIALES Y RECREATIVOS S.A., según escritura pública de fecha 17 de julio de 2009.

El requerimiento acordado fue cumplimentado aportándose:

Con relación a la Compañía mercantil DONKASA CENTRO SA la escritura de adaptación de estatutos y reelección de Administradores otorgada por la Compañía mercantil DONKASA CENTRO SA de fecha 1 de febrero de 1993, anexo al mismo figuran los estatutos en los que se relaciona en su art. 18 las facultades del órgano de Administración entre las que se comprende en su apartado 16 la de, además de comparecer ante Juzgados y Tribunales, ejercitar toda clase de acciones y sin que resulte atribuida la facultad de resolver sobre el ejercicio de las mismas a la Junta General u otro órgano.

Con relación a la entidad "PARQUE FUENTE DEL SOL, S.L." se aportó escritura de constitución de la sociedad de fecha veintiocho de julio de dos mil cuatro en la que se determinaba como modo de organizarse la Administración social el nombramiento de un Administrador Único y se recogían los Estatutos de la sociedad, y sin que resulte de su dicción atribuida la facultad de resolver sobre el ejercicio de las mismas a la Junta General u otro órgano.

Se aportaron asimismo las escrituras relacionadas en el acta de apoderamiento de las que resultaba la renovación del nombramiento de la entidad mercantil ALQUILERES E INMUEBLES CASTELLANA, S.A como Administradora Única de DONKASA CENTRO, S.A. y de la condición del poderdante de persona física designada para el ejercicio de las facultades como Administrador Único de la citada compañía correspondían a aquella entidad, y el nombramiento del poderdante como Administrador Único de la entidad mercantil PARQUE FUENTE DEL SOL, S.L.

Por lo tanto, y como ya fue apreciado en el momento procesal oportuno, resulta de los autos el debido cumplimiento de las exigencias del art. 45.2.d, debiendo desestimarse la excepción articulada.



SEPTIMO.- Asimismo con carácter previo y con relación a la modificación introducida en fase de conclusiones resulta preciso atender a las previsiones del art. 65.1 de la LJCA conforme al que no resulta posible en el escrito de conclusiones plantear cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación, y así debe apreciarse acaecido con relación a la invocación por la recurrente de la plena aplicabilidad de la DT3ª de la Ley del Suelo para justificar unos planteamientos valorativos completamente discrepantes de los inicialmente invocados en demanda. Aunque, y dentro de los términos en que el principio dispositivo puede ser articulado en el orden contencioso administrativo, debe tomarse en consideración el *summum* fijado en reclamación final, de lo que deviene la irrelevancia de las alegaciones de las recurridas con relación al incremento del importe reclamado en vía administrativa con relación al fijado, en superior cantidad, en demanda, pues de estimarse el recurso no podría, por congruencia, excederse ese importe máximo finalmente reclamado e inferior a aquel.

OCTAVO.- Entrando a examinar la cuestión de fondo es innegable la relación entre el presente recurso y el seguido con el nº 686/12 ante la sección tercera de esta misma Sala que culminó por sentencia de fecha dieciséis de junio de dos mil dieciséis, recurso seguido a instancia de otra entidad que había invocado su subrogación en los derechos y obligaciones derivados del Convenio Urbanístico suscrito, entre otras, por DONKASA CENTRO S.A., y en el que tanto la precedente actuación en vía administrativa, incluido el tenor del dictamen recabado del Consejo Consultivo de Andalucía, como las cuestiones invocadas presentaban evidente similitud con las alegadas en este recurso. La referida sentencia, en su fundamento de derecho cuarto señalaba:

" En cuanto al fondo del asunto, la Sala hace suyo el razonamiento contenido en el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía obrante en el expediente administrativo, según el cual el incumplimiento del Convenio achacado al Ayuntamiento de Chiclana sitúa la responsabilidad de los daños por dicho incumplimiento en el marco de la responsabilidad contractual, anudada al ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 del Código Civil, y no en el ámbito de la responsabilidad extracontractual cuya naturaleza es ajena al cumplimiento o no del Convenio. Y, como se dijo antes, no se puede entrar a conocer de la pretendida resolución del Convenio en este recurso porque nunca antes de ese segundo escrito de demanda se ha solicitado, independientemente de que, vigente el Convenio entonces, el nuevo Plan General, aprobado inicialmente por Acuerdo de 24 de enero de 2014, mantiene la calificación de los suelos como urbanizables.

*En cuanto a los daños que según la recurrente son estrictamente derivados de la declaración de nulidad del PGOU a virtud de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011, habría que insistir en que el incumplimiento del Convenio dará lugar a la responsabilidad contractual que proceda, la cual no puede articularse como una acción de **responsabilidad patrimonial**. Además, la anulación judicial de un instrumento de planeamiento no genera por sí un derecho a ser indemnizado, como ya proclama el art. 142.5 de la Ley 30/1992. El suelo a que se refiere la reclamante nunca ha dejado de tener la consideración de suelo rústico a efectos de valoración, según el art. 12.2.b) del texto refundido de la Ley del Suelo "por no encontrarse terminada la correspondiente actuación de urbanización" puesto que sólo cuenta con un Plan Parcial aprobado.*

*Como recoge la ya citada por la Administración sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Cuarta, recurso 2166/2009) de 21 de febrero de 2011, "nuestro sistema ha funcionado y funciona, bajo la exigencia de la patrimonialización o consolidación de los derechos urbanísticos para que pueda generarse alguna pretensión indemnizatoria derivada de **responsabilidad patrimonial** de la Administración". La recurrente no había patrimonializado el aprovechamiento fijado en el Convenio, y dicho elemento resulta esencial para la entrada en juego del instituto de la **responsabilidad patrimonial** de la Administración en el ámbito urbanístico."*

En este mismo sentido, señalando como la patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos, con exclusión de las meras expectativas, es un requisito insoslayable junto con la concurrencia de los requisitos generales y propios del instituto de la **responsabilidad patrimonial** cabe citar la sentencia del TS de 28 de diciembre de 2012, recurso 2731/2009, que, citando asimismo su sentencia de 17 de mayo de 2012, señalaba:

" Dijimos entonces que la función social inherente al derecho de propiedad urbanística, de conformidad con el artículo 33.2 de la Constitución Española, ha configurado una delimitación de su contenido que determina que las alteraciones que como consecuencia del proceso urbanístico se produzcan en el status de los inmuebles afectados por el mismo no darán derecho a sus titulares, como regla general, a percibir indemnización alguna. Esto es, en el carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria descansa el postulado de la no indemnizabilidad, como regla general, de las actuaciones conformes a derecho que en materia urbanística lleve a cabo el poder público. Tal idea se expresa con claridad en el artículo 2.2 de la LRSV, donde se establece que "la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos por las leyes". En cuanto al presupuesto de hecho consistente en que la ordenación urbanística ocasione una restricción del aprovechamiento urbanístico, presupuesto también ínsito en el artículo 41.1, declaramos que "constituye el



fundamento de esta exigencia de indemnización la vulneración o afectación del derecho subjetivo que tienen atribuido todos los propietarios que se incorporan al proceso urbanístico y edificatorio a que se equidistribuyan entre todos ellos los beneficios y cargas derivados del planeamiento a través de las diversas técnicas que articule la legislación autonómica. En relación con el primer requisito -restricción del aprovechamiento- debe partirse, obviamente, de la previa titularidad del mismo, lo que exige la previa adquisición o incorporación efectiva al patrimonio del perjudicado. Partiendo del régimen normativo que acabamos de describir, y aceptada, pues, la posibilidad de indemnización como consecuencia de una modificación del planeamiento que afecte a aprovechamientos debidamente patrimonializados, debe notarse que en el caso que nos ocupa la indemnización se solicita tratándose de un suelo clasificado como no urbanizable, que mantiene su clasificación, por imperativo legal, por encontrarse dentro del Parque Natural Cabo de Creus y estar sujeto al régimen de protección recogido en el Plan Especial. De acuerdo con el esquema normativo antes reseñado, sólo es posible hablar de una privación indemnizable cuando la restricción afecte a derechos o contenidos ya patrimonializados, lo que, tratándose de suelo no urbanizable, sólo puede afirmarse cuando la nueva ordenación hubiera privado a su propietario de unos usos acordes con su clasificación -usos agrícolas, ganaderos, forestales, etc-. Tal cosa no sucede en este caso, por cuanto los mencionados usos, que son los característicos del suelo no urbanizable, los conserva la recurrente no obstante la especial protección introducida por el Plan Especial"

Y, más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de febrero de 2017, nº 149/2017, rec. 1092/2015 que señala:

"(...) el contenido del derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.

La mera clasificación del suelo como urbanizable, o la suspensión de la actuación urbanística, no supone la automática patrimonialización de los aprovechamientos que la ordenación urbanística añade a tal contenido. Es necesario, a tenor de nuestra propia jurisprudencia, que se hayan patrimonializado, lo que aquí no ha sucedido, esos aprovechamientos urbanísticos.

Esta patrimonialización, sobre lo que la recurrente no esgrime un alegato trabado, se conforma a través del correspondiente instrumento de planeamiento de desarrollo que permita llevarlo a cabo, pues únicamente procede indemnizar por el aprovechamiento ya materializado, es decir, cuando el plan ha llegado a la fase final de su realización y se han participado en el proceso urbanizador a través del cumplimiento de los correspondientes deberes y cargas urbanísticas, previstas en el TR de la Ley del Suelo.

Acorde con lo expuesto, hemos declarado en Sentencia de 15 de diciembre de 2010 (recurso de casación nº 1336/2009) que 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."

Y en cuanto a los gastos efectuados en lo que se califica como gastos inútiles, aunque estimásemos la cuestión desde la perspectiva no ya de la **responsabilidad patrimonial**, sino de la invocada con relación al convenio que se refiere incumplido, debe valorarse, que ello exigiría una debida delimitación y desglose con relación al referido convenio, desde una perspectiva subjetiva (efectivamente, como se alegó en la contestación a la demanda, una de las facturas, la obrante al folio 188 que se correspondería con los gastos de aparejador, corresponde a PARQUE FUENTE DEL SOL, S.L., no a la otra recurrente suscribiente del Convenio a cuyo nombre si figuran las restantes facturas reclamadas), y, asimismo desde una debida perspectiva objetiva, dado que el Convenio solo afectaba a una de las zonas, Sector 22 Melilla II, a la que se refiere la reclamación (y a este respecto las únicas facturas que se refieren expresa y exclusivamente a ese sector son las obrantes a los folios 180, 183 y 186), de forma que la pretensión indemnizatoria se realiza de una forma indistinta, pero, sobre todo, que no permite alcanzar una debida conclusión sobre la existencia de un daño no solo efectivo, sino antijurídico, que la recurrente no venga obligado a soportar, cuando, ni se ha interesado la resolución del convenio, ni se evidencia del planeamiento en trámite que esos gastos puedan efectivamente calificarse como de inútiles a los efectos resarcitorios interesados, sin perjuicio de que pudieran devenir como tales pero cuestión que se presenta como hipotética no efectiva y por lo tanto, con la prueba aportada, no resarcible. Se impone, pues, sin necesidad de más consideraciones, la desestimación del recurso.



NOVENO.- En materia de costas, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA , no procede su imposición a ninguna de las partes contendientes pues el caso, al igual que en el recurso seguido ante la sección 3ª, presentaba serias dudas sobre los hechos y su alcance.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la Sra. Procuradora Dª. María de la Soledad Galán Rebollo en nombre y representación de las entidades mercantiles DONKASA CENTRO S.A, PARQUE FUENTE DEL SOL, S.L. y PROMOTORA DE CENTROS COMERCIALES Y RECREATIVOS, S.A., contra la resolución presunta desestimatoria de su reclamación de **responsabilidad patrimonial** presentada en fechas 30 de diciembre de 2011 contra el Ayuntamiento de Chiclana y la Junta de Andalucía. No se hace especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma solo podrá interponerse, en su caso, recurso de casación que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a su notificación y con los requisitos establecidos en el art. 89 de la LJCA .

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.