ESTHER PEREZ HERNANDEZ
PROCURADOR
NOTIFICACION
28/02/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA

COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Presidente: D. Mariano Ferrando Marzal **Magistrados/as:** D. Carlos Altarriba Cano, Dª. Desamparados Iruela Jiménez, Dª Laura Alabau Martí y Dª Estrella Blanes Rodríguez.
Ha sido el ponente la Ilma. Magistrada Dª Estrella Blanes Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

SENTENCIA Nº 101

En la ciudad de Valencia a 15 de febrero del 2018

Visto el recurso de apelación nº **919 /2015,**interpuesto por **CALVIGA SA y AYUNTAMIENTO DE ASLFAS DEL PI** contra la Sentencia nº 301 /2015 dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo seguido en el Juzgado nº 2 de Alicante en el procedimiento nº476 /2014; en la que ha comparecido como apelados. **CALVIGA SA y AYUNTAMIENTO DE ASLFAS DEL PI**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo contencioso citado remitió a esta Sala el Recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de la actora, procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado de fecha 23.9.2015 cuyo fallo estimó el recurso.

SEGUNDO.-Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes, interpusieron recurso de apelación las representaciones de los apelante, alegando substancialmente que procedía la revocación de la sentencia dictada.

TERCERO.-Las apeladas, por su parte, formalizaron escrito de oposición el Recurso de Apelación en el que substancialmente hacían constar que, procedía la confirmación de la sentencia.

CUARTO.-Elevadas las actuaciones a la Sala formó el presente Rollo de Apelación por Diligencia de Ordenación, en el que acordó admitir a trámite el recurso, quedando señalado para su votación y fallo el día 14.2.2018.

La tramitación del presente Rollo ha observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia de instancia estima el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Pleno municipal, que resolvió dejar sin efecto la adjudicación provisional del programa de actuación integrada Pla de la Serra y la programación de los terrenos por gestión indirecta, así como la adjudicación provisional de la condición de agente urbanizador a la mercantil actora denegando la pretensión indemnizatoria.

La sentencia distingue entre el régimen jurídico aplicable del artículo 143 de la LUV que regula la imposición de penalidades como consecuencia de la resolución de la adjudicación y el art. 137.5 de la misma ley que regula en los supuestos de no aprobación definitiva el derecho al reintegro de los gastos ocasionados por la redacción de proyectos, desestima la causa de inadmisibilidad formulada por la administracion al amparo del artículo 45.2.d de la LJCA y resuelve que debe dejarse sin efecto la resolución recurrida, imponiendo a la administración la obligación de culminar la tramitación del procedimiento, que ha sido aprobado provisionalmente, para que la Consellería competente se pronuncie acerca de si cabe aprobar definitivamente lo que su día fue aprobado provisionalmente de acuerdo con lo dispuesto en el 137.5 de la LUV, retrotrae las actuaciones al momento en que administracion demandada debió remitir todo lo necesario la Conselleria competente y dispone que a partir de ahí la mercantil recurrente en el caso de aprobación definitiva, tendrá derecho a ser reintegrada en los gastos ocasionados por la redacción de proyectos.

SEGUNDO:Por la recurrente fue interpuesto recurso de apelación alegando que en ningún momento ha solicitado, ni pretendido, la aprobación definitiva del sector, ni ha discutido la oportunidad de la discrecionalidad de la decisión pública de desistir de la programación del sector, siendo su pretensión el reconocimiento de la situación jurídica individualizada del derecho indemnización, por la decisión de dejar sin efecto la programación, en el quantum indemnizatorio establecido en la demanda por lo que considera que la sentencia adolece de incongruencia "extra petita" por ser la decisión municipal el ejercicio de la autonomía municipal que por razones de oportunidad ha desistido de la ordenación.

En cuanto a la pretensión de indemnización, considera que habido en incongruencia "citra petita" porque lo que le pedía era el derecho al reintegro de los gastos ocasionados por la redacción de proyect, por importe de 193.000 €, correspondiente al devengo de tasas 3.000 euros y de honorarios de proyectos técnicos, incremento de los honorarios profesionales en un 5% de acuerdo con el art. 125.5 del texto refundido de la ley de contratos y el interés legal del dinero por el pago de las tasas.

Solicitaba también la indemnización por los perjuicios correspondientes al beneficio industrial, 6% de la obra de urbanización 17. 296.753,28 euros y la sentencia no se ha pronunciado sobre este punto.

El Ayuntamiento se opuso al recurso de apelación, considerando que la sentencia no incurre en incongruencia omisiva, que debe considerase desestimada la solicitud de indemnización de beneficio industrial , el reintegro del importe de las tasas y del incremento en el cinco por cien de los gastos de redacción de proyectos, desestimado implícitamente puesto que la sentencia dice que proceder reintegrar los gastos ocasionados por la redacción de proyectos, cuando la administración autonómica deniegue la aprobación reconociendo aplicable el artículo 137.5 de la LUV que sólo reconoce el derecho de reintegro por redacción de proyectos.

Añade que de los 13.000 € que se reclaman como tasas 10.000 corresponden a la fianza prestada para poder presentar alternativa técnica y los 3.000 restantes al pago de publicaciones de sometimiento a información pública del texto refundido por lo que no deben ser reintegrados y tampoco tiene derecho a la parte al 6% del beneficio industrial porque no están acreditados los requisitos del art. 139 de la ley 30/92 no hay daño efectivo, no existe nexo causal y no hay daño antijurídico concluyendo que el Ayuntamiento ya puso de manifiesto en la tramitación del PAI (informe del jefe del área de urbanismo de 7 de febrero 2006) el riesgo que existía aprobar el plan parcial y la homologación, si el suelo era merecedor de algún tipo de protección, estaba afectado el sector por zona forestal de arbolado natural conforme plan General de Ordenación forestal de la Comunidad valenciana, siendo la inclusión de los terrenos del sector en el inventario forestal, lo que ha determinado la inviabilidad del PAI y no siendo de aplicación los artículos 125, ni el 151 de la ley de contratos, por que hacen referencia al pago del proyecto y a las obras de urbanización que no han sido iniciadas

TERCERO : Por el Ayuntamiento fue interpuesto a su vez recurso de apelación invocando la infracción de los artículos 218 de la LEC,33 y 1 y 2 de la ley de la jurisdicción por incongruencia positiva o por exceso y en cuanto al derecho de indemnización del Agente urbanizador, considera que resulta aplicable el artículo 143.2.f) de la LUV, que regula las causas de resolución de la adjudicación del programa y no distingue entre adjudicación provisional y definitiva cuyos efectos son los que establece el artículo 341 del ROGTU, sin distinguir entre adjudicación provisional o definitiva.

Expone que la recurrente no tiene derecho a indemnización en concreto por los

gastos de redacción de proyectos porque el art. 341 del ROGTU dispone que el reembolso de los gastos documentalmente certificados, tendrá lugar siempre que sea imputable la falta de detección de los nuevos elementos territoriales determinantes de la inviabilidad del programa, cuando sea imputable a la administración, invocando la sentencia del TC 141/2014 que exige que se produzca los requisitos de la responsabilidad patrimonial.Detalla los motivos por los que no se dan los citados requisitos y concluye que debe desestimarse el recurso y confirmar el acto recurrido.

Por su parte la actora se opone al recurso de apelación, conviene con la administración demandada en la infracción en los artículos 218, de la LEC, 33 uno y dos de la ley de la jurisdicción, considera aplicable el artículo 143 de la LUV y por tanto su derecho a la indemnización. La administración decidió en uso de su potestad desistir programa, eran conocidos por la administracion los condicionantes las afecciones y las condiciones medioambientales existentes en el sector objeto, de ordenación, la programación incorporaba el modelo territorial del concierto previo, fue sometido al informe de sostenibilidad ambiental se cumplen los requisitos que establece establecer el artículo 139 de la ley 30/92 para el nacimiento del derecho a indemnización: daño efectivo, nexo causal y funcionamiento anormal de la administración .

CUARTO: La sentencia apelada debe ser revocada de plano por haber incurrido en vulneración del artículo 218 de la LEC y los artículos 33 1 y 2 de la ley de la jurisdicción por incongruencia "extra petitum".

La actora interpuso recurso contra el acuerdo municipal que desestimó el recurso de reposición interpuesto por la recurrente, contra la resolución que resolvió y dejó sin efecto la adjudicación provisional del programa actuación integrada, programación de terrenos por gestión indirecta y adjudicación provisional de la condición de agente urbanizador, desestimando varias alegaciones de la actora y en particular desestimando la petición de procedencia derecho a indemnización.

En su escrito de demanda la actora solicitó que se estimara el recurso interpuesto contra el citado acuerdo, por ser contrario a derecho y que le fuera reconocido como situación jurídica individualizada el derecho a indemnización por la decisión pública de dejar sin efecto la programación del sector, en el quantum indemnizatorio concretado en el escrito de demanda o en su defecto la cantidad que su señoría considere mejor fundada.

Del escrito de demanda se deduce que la actora no impugna la resolución administrativa, en lo referente a la resolución de la adjudicación del programa resuelta por el Ayuntamiento en aplicación del artículo 143.2) con especial referencia al extremo f) de este precepto y 341 del ROGTU, sino que considera que el Ayuntamiento conocía las condiciones territoriales y que por tanto no se justifica la resolucion del programa por la aparición de condiciones territoriales, puestos que eran conocidas por la administración, admitiendo que el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus potestades puede desistir del programa, pero que ello lleva implícito un derecho de indemnización a su favor fundamentando este derecho en los artículos 143.f) de la LUV y 341 del ROGTU y en los artículos 11.5 en la ley del suelo del 2008, 125.5 y 151.4 de la ley de contratos del sector público .

Por su parte el Ayuntamiento alega que la actora no cuestiona la conformidad derecho del acuerdo impugnado, en cuanto dejaba sin efecto la adjudicación provisional y por tanto la condición de agente urbanizador que la administración y que no dejaba sin efecto la adjudicación provisional por cuestiones de oportunidad, sino por razones de incompatibilidad ambiental, en particular en el ámbito de la revisión del plan General establecida por el órgano ambiental en el documento de referencia emitido, como es el documento inicial o consultivo, que afirma expresamente que el sector Pla de la Serra, el documento sometido ámbito a evaluación ambiental como SUNOP 14, no está justificado ambientalmente concluyendo que para que la adjudicación definitiva era necesario que la Consellería aprobara la homologación y plan parcial, que no iba a tener lugar, debido a los condicionantes medioambientales impuestos por el órgano ambiental de la Conselleria por lo que no se trata de un desestimiento, sino de una imposibilidad de que el PAI fuera aprobado definitivamente quedando por tanto excluido ningún derecho de indemnización conforme al art. 341 .3 del ROGTU.

El Ayuntamiento se opuso igualmente a las consideraciones de la actora respecto a 143 f) de la LUV y 341 del ROGTU, los artículos de la ley del suelo y de la ley de contratos, así como la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración.

La actora no se oponía a que la administración dejara sin efecto la adjudicación provisional del PAI, a lo que se oponía era a que esta resolucion no fuera acompañada de un reconocimiento de su derecho a indemnización, ni tampoco pretendía que el Ayuntamiento culminará la tramitación del procedimiento aprobado provisionalmente para que la Consellería se pronunciara sobre el PAI y la programación de los terrenos.

En consecuencia la mera lectura del escrito de demanda y de la contestación llevan a concluir la revocación de la sentencia dictada en primera instancia, por no haber resuelto el juez “a quo” la pretensión de la parte actora de acuerdo con los motivos que fundamentaba en el recurso y la oposición y dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes.

QUINTO : No nos encontramos ante el supuesto el artículo 137.5 de la LUV puesto que la administración municipal, aunque aprobó la adjudicación provisional del PAI ,el Plan Parcial y documento de Homologación y la adjudicación de la condición de agente urbanizador a la recurrente el 28.7.2006, con los condicionantes de los informes jurídicos de área de urbanismo de fechas 17.2.2006 y 5.6.2006 y del arquitecto de fecha 29.5.2000 y modificaciones de los informes técnicos, no remitió a la administracion autonómica la actuación urbanística para su aprobación por lo que no tuvo lugar a la previsión contenida en el último párrafo del citado artículo , el derecho al reintegro de los gastos ocasionados por los proyectos.

De acuerdo con los hechos que constan en el expediente, tras nuevos informes de urbanismo y de la arquitecta municipal el texto refundido fue sometido a información pública en enero del 2008 y publicado el 7.2.2008. Consta así mismo que el servicio forestal indicó que era a través de la Declararon de Impacto Ambiental donde se analizarían de forma global los aspectos medio ambientales.

En paralelo con los trámites anteriores en el año 2003 el Ayuntamiento inició la revisión del PGOU de 1987 y en el año 2008 una vez aprobado el documento consultivo inicial para la evaluación ambiental de la ley 9/2006 solicitó de la Conselleria la emisión del documento de referencia, emitido en fecha 10.5.2010 constando en este informe, que el Plan , no estaba justificado ambientalmente , concluyendo el equipo redactor del PGOU en febrero del 2013 , la inviabilidad de la alternativa técnica y de la ejecución del Programa.

Y de acuerdo con ello el Ayuntamiento inició el 22.2.2013 expediente para resolver y dejar sin efecto la adjudicación de las condiciones de agente urbanizador, la programación y adjudicación provisional del PAI

Expuesto lo anterior procede entrar a resolver acerca la pretensión indemnizatoria de la recurrente, atendiendo la causa de resolucion del artículo 143.2) de la LUV, que tiene por título resolucion de la adjudicación del programa enumerando las

causas de resolucion de la adjudicación del programa, entre ellas la del apartado f) : *el descubrimiento de condiciones territoriales no tenidas en cuenta al acordar la programación y que hagan legalmente inviable la prosecución de ésta, sin perjuicio de las compensaciones que en su caso proceda…...*

El Ayuntamiento considera que no siendo objeto de discusión el acuerdo de desprogramación que deja sin efecto la adjudicación provisional y siendo el objeto el recurso el daño o lesión económica que comporta para la actora, no le corresponde esta derecho de indemnización porque fue la propia recurrente la que consideró viable medioambientalmente el programa, siendo achacable a los técnicos de la actora la ligereza e imprevisibilidad a la hora de analizar y estudiar sus efectos en el estudio de paisaje ilegal de impacto ambiental, con respecto al Plan General forestal Parque natural de Serra Gelada y vías pecuarias de acuerdo con el Informe del TAG de urbanismo de 20.5.2013, defendiendo que no se deja sin efecto la adjudicación provisional por cuestiones de oportunidad, si no por incompatibilidad medioambiental.
Ahora bien el artículo 341 del ROGTU dispone que en el caso de resolucion del contrato por la existencia las condiciones territoriales no tenidas en cuenta en referencia al artículo 143.2. f, la administración actuante reembolsará al urbanización los gastos documentalmente justificados siempre que le sea imputable la falta de detección de los nuevos elementos territoriales determinantes de la inviabilidad del programa .

Es cierto que la administración puso de manifiesto la tramitación del PAI en concreto en el informe de 16 de febrero del 2006 del jefe del área de urbanismo, el riesgo que existía de que la administracion autonómica no aprobará el plan parcial y la homologación, es cierto también el que la aprobación del PAI no era definitiva sino sólo provisional y por tanto no producía efectos, también es cierto que el Ayuntamiento exigió condicionantes a la actora como el informe favorable de la autoridad forestal y que no se inició la ejecución del programa y que la recurrente nunca llego a obtener la declaración de impacto ambiental, ni los informes medioambientales favorables de las distintas administraciones territoriales .

Aun así el Ayuntamiento precisamente por las alertas que los informes municipales y por la falta de los instrumentos medioambientales, no debió de aprobar el instrumento urbanístico siquiera provisionalmente.

En consecuencia la Sala considera que sólo en el caso de que la administracion hubiera incurrido en responsabilidad patrimonial tendría obligación de indemnizar a la actora por el perjuicio sufrido y en el presente caso en definitiva fue la propia administración la que a pesar de todas las alertas que conocía aprobó

provisionalmente el proyecto urbanístico, incurriendo en responsabilidad patrimonial que exige la concurrencia de los requisitos del artículo 139 de la ley 3092, efectiva realidad del daño o perjuicio evaluable económicamente, sin que el recurrente haya justificado documentalmente la reclamación de 256.373, 82 euros por honorarios de proyectos técnicos a INUR (Doc nº 1 presupuesto de honorarios) ni el pago de los honorarios técnicos mediante las correspondientes facturas o cualquier otro medio de prueba que justificara el pago (ingreso en cuentas bancarias, IVA, declaraciones a la Agencia Tributaria de los profesionales , etc) a D. Ángel Fajardo, ni a otras personas de su equipo , no pudiendo darse por cierto el pago de 193.000 ,ni de 180.000 euros con el presupuesto aportado con el escrito de demanda ni con la testifical practicada en la persona del Ingeniero que elaboró los documentos de la alternativa técnica del PAI.

Tampoco puede ser indemnizado la actora por el seis por cien del precio de la obra de urbanización, puesto que no se podía ejecutar la urbanización mientras que no fuera aprobaba definitivamente el plan parcial y homologación y PAI .

Y no resulta aplicable la ley de contratos en lo que se refiere al art.125.5 y 151.4 puesto que las obras no fueron aprobadas definitivamente, ni pudieron ser iniciadas ya que no fue aprobado el correspondiente instrumento urbanístico por la administración autonómica y la ejecución del PAI, nunca desplegó sus efectos no encontrándonos ante un supuesto de renuncia a la ejecución de obras, ni de desistimiento o suspensión de obras.

Tampoco nos encontramos en el supuesto del artículo 115 de la ley del suelo del 2008 puesto que no se trata del incumplimiento del deber a resolver ya que la administracion sí que aprobó provisionalmente los instrumentos urbanísticos, sino que se trata de un supuesto en el que la administracion resolvió dejar sin efecto la aprobación provisional al encontramos ante un instrumento urbanístico que debía de ser aprobado por la administración autonómica y no tener la aprobación provisional los requisitos necesarios para que pudiera producirse la citada aprobación definitiva, por la administración autonómica competente debido a las afecciones medioambientales que se pusieron de relieve con ocasión de la tramitación de la modificación del Plan General de ordenación urbana y que no habían tenido en cuenta en los proyectos presentados por la recurrente.

En lo que respecta al importe de 13.000 €, diez mil corresponden a la fianza depositada por la actora, según ella misma expone para obtener una prórroga del plazo de información pública, que al parecer obtuvo porque sino la depositaba el Ayuntamiento archivaba la alternativa técnica (*Artículo 46*Información pública y

simultánea competencia entre iniciativas art. 46.4 de la LRAU) resolviendo la Sala que esa cantidad y los 3.000 euros de gastos de publicaciones que se llevaron cabo, deberán devueltas a la actora en la medida en que la administración al dejar sin efecto la programación aprobada provisionalmente y de acuerdo con lo expuesto anteriormente acerca de su responsabilidad debe reintegrar a la actora los gastos llevados a cabo para la programación que finalmente ha quedado sin efecto, sin que la recurrente deba soportar estos gastos.

SEXTO :Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, reguladora de esta Jurisdicción, que se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso en las demás instancias salvo que el órgano jurisdiccional razonándolo debidamente aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición,y el Tribunal haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 139.3 de la misma ley, fija el importe de las costas atendiendo a la actividad procesal despegada la índole del asunto y su especial dificultad siendo de aplicación del artículo 243.2 de al LEC redactado por el apartado veintiocho del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E.» 6 octubre).*Vigencia: 7 octubre 2015*

En base a los anteriores hechos, fundamentos jurídicos y vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

F A L L A M O S

Estimamos parcialmente los recursos de apelación nº 919 /2015**,**interpuesto por **CALVIGA SA y AYUNTAMIENTO DE ASLFAS DEL PI** contra la Sentencia nº 301/2015 dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo seguido en el Juzgado nº 2 de Alicante en el procedimiento nº 476/2014 con los siguientes pronunciamientos:

1º.- La revocamos y dejamos sin efecto.

2º.- Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por **CALVIGA SA**, revocando parcialmente el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 25.5.2014,

reconociendo parcialmente la pretensión indemnizatoria en la suma de 13.000 euros, más el interés legal de esta suma desde la fecha del citado acuerdo (25.5.2014) .

3º.- No procede pronunciamiento en costas.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así, por ésta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Y, para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto una vez declarada su firmeza, a su tiempo, y con Certificación literal de la presente, devuélvanse los autos con el expediente administrativo al Juzgado de procedencia.

Publicación.-Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que, como Secretario de la misma, certifico en Valencia, y fecha que antecede.