



Roj: **STSJ AND 8639/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:8639**

Id Cendoj: **29067330012023100408**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2023**

Nº de Recurso: **1183/2022**

Nº de Resolución: **1435/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MANUEL LOPEZ AGULLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320200000731.

Procedimiento: Recurso de Apelación 1183/2022.

De: AYUNTAMIENTO DE ALCAUCIN y PROMOCIONES MACACA S.L.

Procurador/a: ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO

Letrado/a: S.J. SERV. ASIST. EELL PROV. MALAGA (SEPRAM)

Contra: AYUNTAMIENTO DE ALCAUCIN y PROMOCIONES MACACA S.L.

Procurador/a: ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO

Letrado/a: S.J. SERV. ASIST. EELL PROV. MALAGA (SEPRAM)

SENTENCIA NÚMERO 1435/2023

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS

D^a. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^a

En la Ciudad de Málaga a uno de junio de dos mil veintitrés.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en los recursos de apelación 1183/2022 interpuestos por AYUNTAMIENTO DE ALCAUCÍN Y PROMOCIONES MACACA S.L. contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 4 de MALAGA y como partes apeladas AYUNTAMIENTO DE ALCAUCÍN Y PROMOCIONES MACACA S.L.

Ha sido Ponente la Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la representación procesal de Promociones Macaca S.L. se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo recurso contra el Ayuntamiento de Alcaucín, registrándose con el número 117/2020

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia estimatoria en parte del recurso.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la representación procesal de las partes apelantes, se interpusieron sendos Recursos de Apelación, que fueron admitidos a trámite, dándose traslado de contrario por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 1183/2022.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Promociones Macaca S.L. contra resolución del Ayuntamiento de Alcaucín (Málaga) ,desestimatoria por silencio de la reclamación por responsabilidad patrimonial deducida por los actos y omisiones que produjeron la pérdida de aprovechamiento urbanístico de las parcelas 6, 7, 8 y 9 del Sector UR-4B, conforme informe del Arquitecto Municipal, y anulándola condenó al Ayuntamiento demandado a abonar a la actora la suma de 366.565,11 euros más los intereses de demora.

La Corporación apelante discrepa de la valoración de la prueba hecha por la juzgadora de instancia, interesando la revocación de la sentencia apelada por considerar que no existe un daño real y efectivo del que pudiera derivar la responsabilidad patrimonial pretendida, en tanto que la mercantil también apelante interesó que la indemnización sea la fijada por el perito judicial - 490.570,35 euros -y no por el técnico municipal - 366.565,11 euros-, defendiendo al respecto la imparcialidad y objetividad del primero.

SEGUNDO.- Como es sabido mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica (el Tribunal Supremo en doctrina constante, por todas sentencias de 30 de mayo de 1988 y 11 de marzo de 1991, ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoye la apelación).

A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley jurisdiccional de 1998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso.

Sobre esta cuestión, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264) destaca "Con carácter previo al examen de las referidas alegaciones de la Universidad apelante, debe recordarse la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ella depende el alcance procesalmente posible del análisis de las cuestiones que se nos propone. Y, en este sentido, como ha reiterado esta Sala, aún cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril y 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo y 15 y 19 de junio de 1998).

TERCERO.- En el supuesto enjuiciado, pasando a examinar el recurso de apelación planteado por la Corporación Municipal, hemos de indicar que frente a la invocación hecha en la instancia y reiterada en esta alzada, relativa



a la ausencia de daño real y efectivo, la juzgadora en sentencia, tras reseñar la doctrina y la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial, concluye en la existencia de un daño real y efectivo concretado en la imposibilidad de la empresa actora de edificar en las parcelas de su propiedad conforme a las previsiones del PGOU de Alcaucín, y ello porque el Ayuntamiento no cumplió con sus obligaciones urbanísticas, concediendo licencias que han dado lugar a un agotamiento del aprovechamiento urbanístico del sector, y ello consta en el informe técnico municipal. Igualmente, para la juzgadora no es necesario que exista resolución denegatoria de licencia de obras para entenderse que se ha agotado el aprovechamiento, pues precisamente la información urbanística solicitada por la mercantil tenía por objeto preparar la solicitud de licencias.

En este punto la Sala reitera la doctrina jurisprudencial que sobre la realidad del daño se hace en la sentencia recurrida y ello en los siguientes términos:

El artículo 139.2 LRJPAC establece que en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. A esto debe añadirse la nota que complementa a estos requisitos y que el art. 141.1 LRJPAC establece diciendo que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Por tanto debe decirse que los requisitos del daño indemnizable son la antijuridicidad, la efectividad, la evaluabilidad económica y la individualización; requisitos éstos que a continuación se analizan de forma más pormenorizada.

La antijuridicidad supone que el daño sea fruto de una acción administrativa que la víctima no está obligada a soportar. Por lo que si el particular no está expresamente obligado a soportar tal daño, por no existir causa que le obligue a ello, éste será antijurídico y le será imputado a la Administración. Al referirnos a la efectividad del daño, hacemos referencia a dos aspectos del mismo, primero que haya una incidencia negativa en los bienes o derechos del particular, sean los que sean, tanto daños patrimoniales, como daños personales y morales. En segundo lugar que se trate de un daño real y actual, es decir, se excluyen los daños futuros simplemente hipotéticos tales como la frustración de simples expectativas. A través del requisito de la evaluabilidad económica del daño se dejan fuera de los daños indemnizables por la Administración aquellas simples molestias o perjuicios sin trascendencia patrimonial apreciable. Por último, en cuanto a la individualización del daño, supone que el mismo debe poder ser individualizado a una persona o grupo de personas, de forma que de no poder ser singularizado sobre un patrimonio concreto, sino que nos encontramos ante un daño sufrido de forma generalizada, éste deberá ser soportado por todos.

En el presente caso el requisito del daño quiebra desde el momento en que acreditado el agotamiento del aprovechamiento urbanístico del sector, de ello no se infiere directamente un daño real y efectivo para los intereses económicos de Promociones Macaca S.L., pues aunque se deduzca una fundada presunción de denegación de licencias, el instituto de la responsabilidad patrimonial no descansa en presuntos daños futuros, sino, como se ha dicho, en daños reales y efectivos. Por lo demás la noción de aprovechamiento no es equiparable a la de edificabilidad, aun cuando el aprovechamiento se exprese en metros cuadrados edificables. La edificabilidad hace referencia al volumen o superficie edificable que tiene una parcela en concreto. El aprovechamiento es una cifra abstracta y ponderada de edificabilidad que sirve para fijar el contenido y valor del derecho de propiedad; en suma, la edificabilidad se refiere a la potencialidad constructiva de un determinado suelo, mientras que el aprovechamiento urbanístico es un concepto de reparto, relacionado con el principio de equidistribución de beneficios y cargas. Es por ello que el daño real y efectivo aún no se ha producido en el supuesto enjuiciado.

Los razonamientos expuestos conducen a la estimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Alcaucín, resultando por ello ocioso hacer pronunciamiento alguno sobre el motivo de apelación de Promociones Macaca S.L.

CUARTO.- La índole revocatoria de la presente resolución trae aparejada la no imposición de costas en esta alzada, siendo de cuenta de la demandante las causadas en la primera instancia al desestimarse el recurso interpuesto, y ello hasta el límite de 1.500 euros más IVA por todos los conceptos - art. 139 LJCA-.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Alcaucín y en su virtud se revoca la sentencia apelada, desestimando el recurso contencioso administrativo planteado, y ello con imposición de costas en la instancia a la demandante - Promociones Macaca -, hasta el límite de 1.500 euros y sin que proceda hacer imposición de las causadas en esta alzada. Se desestima igualmente el



recurso de apelación planteado por Promociones Macaca S.L. Todo ello sin hacer condena en costas de esta segunda instancia.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación. Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su notificación y ejecución, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número de Málaga para su notificación y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-