Roj: **STSJ GAL 130/2018** - ECLI: **ES:TSJGAL:2018:130**

Id Cendoj: **15030330022018100009**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Coruña (A)**
Sección: **2**
Fecha: **25/01/2018**
Nº de Recurso: **4481/2016**
Nº de Resolución: **13/2018**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00013/2018

Recurso de Apelación nº 4481-2016

EN *NO* MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres. y Sras.

Dª. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA

D. JOSÉ MANUEL RAMÍREZ SINEIRO

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

Dª MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ FIAÑO

En la ciudad de A Coruña, a 25 de enero de 2018.

En el recurso de apelación que con el nº 4481 de 2016 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por D. José Martín Guimaraens Martínez, en nombre y representación de D. Mariano y Dª Clara ; contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2016, dictada en autos de PO nº 38/2015, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de A Coruña . Es parte apelada el Concello de A Coruña, representado y dirigido por el letrado del concello.

Es Ponente la Magistrada Dª MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de A Coruña se dictó con fecha 29 de julio de 2016 sentencia en procedimiento ordinario nº 38/2015, con la siguiente parte dispositiva: *"Fallo: desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. José Martín Guimaraens Martínez en representación de D. Mariano y Dª Clara frente desestimación por silencio de reclamación a título de responsabilidad patrimonial formulada por los demandantes frente al Concello de A Coruña en data de 13 de agosto de 2014, sin costas".*

SEGUNDO .- Por la representación de D. Mariano y de Dª Clara se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que se dicte sentencia por la que, revocando la sentencia impugnada, acuerde:

1º.- Reconocer la lesión sufrida por los demandantes y el derecho a indemnización por la denegación del derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico al que tiene derecho por la gestión del Polígono NUM000 " DIRECCION000 ".

2º.- Condenar al Ayuntamiento de A Coruña a indemnizarles en el valor del aprovechamiento urbanístico del que son titulares reconocido por el Ayuntamiento de A Coruña y el Ministerio de Hacienda en el proyecto de compensación del Polígono NUM000 aprobado definitivamente (1.502 euros/m2), resultando una cantidad de 2.818.988,15 euros), cantidad que deberá ser actualizada en ejecución de sentencia y a la que habrá que añadir, en su caso, los intereses legales que corresponda por demora en el pago de la indemnización fijada, en concepto de resarcimiento por el daño causado.

3º.- Subsidiariamente, en el supuesto de considerar que no procede abonar el valor del aprovechamiento urbanístico reconocido a los recurrentes, se indemnice por los gastos que han resultado inútiles con la gestión del NUM000 y edificación de las parcelas resultantes de la ejecución, tal y como se señala en el apartado 3.2 del recurso de apelación, cantidad incrementada con el interés legal desde la fecha de la reclamación (13 de agosto de 2014), así como los intereses legales de la cantidad de 311.891,23 euros computados del modo que se indica en el apartado 3.3 del presente recurso.

TERCERO.- El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición la representación del Concello de A Coruña, que interesa se desestime el recurso y se confirme íntegramente la resolución judicial recurrida, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron D. Mariano y Dª Clara (Procurador D. José Martín Guimaraens Martínez) y el Concello de A Coruña (Letrado del servicio jurídico del concello); por providencia se declararon conclusas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 18 de enero de 2018.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO.- ***Términos del recurso de apelación.***

Se comienza haciendo referencia a la sentencia de esta Sala y Sección de 8 de mayo de 2014, dictada en el recurso de apelación 4065/2014 , en que se confirma la denegación de la licencia.

Su reclamación se basa en la compensación del aprovechamiento del que son propietarios y que no pueden materializar en las concretas parcelas de su propiedad al denegarse cualquier posibilidad edificatoria por la aplicación de las normas de adaptación al ambiente (artículos 104 de la LOUGA y 10.2 del TRLS de 2008), decisión confirmada por nuestra sentencia. Señala que es el mismo caso tratado en la STS de 15 de diciembre de 2010, recurso 1336/2009 . Y en la STSJG de 2 de junio de 2016, recurso de apelación 4148/2016 .

El importe de la indemnización resulta del valor de la edificabilidad aprobado en el proyecto de compensación. También se reclama lucro cesante y daños morales.

Hace referencia al convenio urbanístico de 14 de abril de 1993, en que el Ayuntamiento de A Coruña asume el compromiso de atribuir a los terrenos el aprovechamiento urbanístico que en el mismo se contempla, en un polígono que habría de ser delimitado en el futuro PGOM de A Coruña. No han sido indemnizados a pesar de haberse procedido a la ejecución del Paseo Marítimo. Bajo la vigencia del plan de 1985.

Bajo la vigencia del PGOM de 1998, en que figura el NUM000 " DIRECCION000 ", ámbito de suelo urbano no consolidado, en el mismo había de materializarse la edificabilidad necesaria para compensar en especie la entrega y puesta a disposición municipal de los terrenos y derechos necesarios para la ejecución del Paseo Marítimo, aunque reduce el aprovechamiento previsto en el anterior convenio.

El concello reconoce la responsabilidad patrimonial por la ocupación anticipada de los terrenos para la ejecución del Paseo Marítimo, derivado del incumplimiento del convenio, y se efectúa una valoración. Finaliza por acuerdo, firme, que nunca fue cumplido.

Se constituye la comisión gestora de los propietarios del polígono NUM000 , con la que se obtendría el aprovechamiento adeudado. Se aprueba el proyecto de compensación. Se concretan las indemnizaciones. Y ese importe es el que ahora se reclama, por el aprovechamiento del que son titulares.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Para materializar el aprovechamiento se solicitaron las licencias, que son denegadas, porque se declara la Torre de Hércules patrimonio de la humanidad, pero el ayuntamiento no promueve medidas para alterar la ordenación del PGOM de 1998, que se mantiene en el de 2009. Al denegarse la licencia no se puede materializar el aprovechamiento, la STSJG de 8 de mayo de 2014 confirma la denegación, AP 4456/2013.

Razones para la reclamación de responsabilidad patrimonial: porque al denegarse la licencia urbanística de edificación se veda la posibilidad de materializar en las parcelas adjudicadas el aprovechamiento urbanístico reconocido y obtenido en el proceso de gestión del planeamiento que se deroga singularmente (NUM000). No se puede materializar el aprovechamiento en esa parcela porque ha sido confirmado en sentencia firme.

Aunque esa privación de aprovechamiento se base en normas legales, tienen derecho a formular la reclamación por responsabilidad patrimonial, como se admite en la STS de 15 de diciembre de 2010, recurso 1336/2009 , supuesto idéntico al presente.

Se aprueba el PGOM de 2013, que delimita un nuevo ámbito de suelo urbano y suelo rústico en la península de la Torre de Hércules, cuya ordenación remite a un futuro plan especial, PE Q14b "Parque Torre de Hércules". Las fincas adjudicadas a los demandantes están calificadas como equipamiento deportivo público, lo cual veda cualquier aprovechamiento lucrativo privado en sus fincas.

Se refiere a la sentencia de este Tribunal dictada en autos de AP nº 4148/2016, sentencia de 2 de junio de 2016 , en que estimamos recurso que entiende idéntico, en finca en el mismo ámbito, de persona que integra la misma junta de compensación.

Por acuerdo plenario de 12 de septiembre de 2016 se impide construir en el DIRECCION000 .

Admite que no reclama por el incumplimiento del convenio sino por la denegación de la licencia, que es cuando se produce la lesión. En la sentencia se considera que no hay imposibilidad de materializar los derechos edificatorios de que son titulares los recurrentes por el aprovechamiento reconocido en el PGOM de 2013. Que no se puede trasladar el aprovechamiento real de que son titulares a un espacio indefinido e ilusorio como es el PE Q14b.

Se considera sobre la existencia de lesión patrimonial real y efectiva y que no existe el deber jurídico de soportarla. Que existen más supuestos de responsabilidad patrimonial que los previstos en el artículo 35 del TRLS de 2008. Que la lesión se produce cuando se deniega la edificación por la aplicación de las normas de adaptación al ambiente. Al denegar la licencia se le deniega el aprovechamiento privado, cuando es un aprovechamiento reconocido por la ordenación urbanística, en base a la resolución municipal de 20 de junio de 2006 que reconoce la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento por incumplimiento del convenio de 1993, aprobando la indemnización por mutuo acuerdo con el pago es especie de edificabilidad, aunque después se deniega la licencia y no se puede construír. Esa edificabilidad figura en documento público inscrito en el Registro de la Propiedad, a través del proyecto de compensación, pero no se ha podido apropiar. El impedimento de la apropiación privada de la edificabilidad se reafirma en el PGOM de 2013 al calificar como equipamiento deportivo los terrenos en que se ubica la edificabilidad, previendo el PE Q14b, de forma que se remite a un futuro plan especial para hacer frente a la edificabilidad reconocida, cuando no cabe la edificabilidad resultante de la ejecución.

Cuando se tramite el plan especial se determinará dónde se sitúa la edificabilidad.

Se refiere a la antijuridicidad de la lesión, aunque la privación venga motivada por la aplicación de las normas. La indemnización que les corresponde es a través de la edificabilidad que no se dejó materializar a los propietarios, es una indemnización en especie, acordada por acto firme del ayuntamiento en 20 de junio de 2006 por incumplimiento del convenio urbanístico de 14 de abril de 1993. La ocupación de sus terrenos para construir el Paseo Marítimo no ha sido indemnizada.

En resumen, el íter seguido es el siguiente:

1. Apropiación de los terrenos de los demandantes para la ejecución del Paseo Marítimo formalizando convenio urbanístico de 14 de abril de 1993 en que se comprometa a reconocer a los propietarios una concreta edificabilidad, a concretar mediante la modificación o revisión del PGOU de 1985.

2. Se aprueba el PGOM de 1998 incumpliendo el convenio de 1993, porque tenía que reconocer el pago en especie, el aprovechamiento urbanístico. Les reduce el aprovechamiento urbanístico.

3. Convenio en que el concello reconoce la responsabilidad, de 25 de mayo de 2006, por el incumplimiento del convenio de 1993, les reconoce un aprovechamiento lucrativo, a concretar en el ámbito del polígono NUM000 .

4. Se aprueba el proyecto de compensación del polígono NUM000 , el 24 de enero de 2008, y se adjudica a los propietarios la edificabilidad reconocida en el PGOM de 1998, edificabilidad que es la indemnización en

especie por la ocupación de sus terrenos y como responsabilidad por el incumplimiento del convenio. Se les adjudica edificabilidad en las parcelas de resultado e y f.

5. Se deniega la licencia solicitada por los actores el 25 de febrero de 2011, con lo que no pueden materializar la edificabilidad, por la aplicación de las normas de adaptación al ambiente.

6. En el nuevo plan de 2013, se califican como equipamiento deportivo público las fincas propiedad de los recurrentes en las que tienen la edificabilidad que debe indemnizarse.

Y se delimita un ámbito de suelo rústico y urbano, cuya ordenación se remite al plan especial PE Q14b, y la edificabilidad de los recurrentes no puede materializarse en el mismo, como consta en su pericial.

7. Pleno de 12 de septiembre de 2016, se rechaza que se pueda edificar en toda la península de la Torre, es inviable cualquier aprovechamiento urbanístico privado en el entorno del BIC de la Torre de Hércules.

La Administración municipal es la responsable de la pérdida patrimonial de los recurrentes, al privar a los propietarios del derecho a apropiarse y materializar el aprovechamiento adquirido, sobre dos fincas en que no se puede edificar. Y hay nexo causal.

A continuación explica el importe de la indemnización y su actualización.

Y aporta moción sobre la necesaria modificación del PGOM en que se contemple una nueva ordenación en el entorno de la Torre de Hércules que no permita edificaciones en la zona buffer.

TERCERO.- ***Tesis de la parte apelada, el Concello de A Coruña.***

Se refiere a la ilegalidad de la licencia confirmada en sede judicial. No es el mismo supuesto que el examinado en nuestra sentencia de 2 de junio de 2016 porque era responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del convenio urbanístico. No hay privación singular de derechos sino retraso que para la parte supone la materialización del aprovechamiento adjudicado en el convenio de 2006 a consecuencia de la denegación de la licencia.

La STS de 15 de diciembre de 2010 , que entienden los apelantes que es mismo supuesto que este, la parte apelada sostiene que no es igual, que era un solar que ve afectados sus derechos edificatorios por la aplicación de las normas sobre patrimonio, y en el momento de la declaración como bien de interés cultural ya había pasado a formar parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo el derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico que le correspondía y por eso es una lesión antijurídica.

Aquí los demandantes no tienen un solar apto para edificar, es un polígono de suelo urbano no consolidado, no se había iniciado el proceso de urbanización. Lo que tienen es una parcela de resultado en un polígono sin urbanizar. Los deberes urbanísticos no fueron cumplidos por los propietarios en los plazos que establecía el planeamiento y no han cumplido el deber de urbanizar en el plazo de cuatro años, razón por la que les afectó la declaración de la Torre de Hércules como Patrimonio de la Humanidad y ya no cabe su desarrollo urbanístico.

Se remite al contenido del informe que aporta. Y refiere que en la sentencia de 2 de junio de 2016 se dice que no hay pérdida patrimonial, no han visto privada su posibilidad de materializar el aprovechamiento que les reconoce el proyecto de compensación del NUM000 sino que se retrasa la posibilidad de ejecutar la edificación prevista, y por ese motivo no se da ninguno de los supuestos indemnizatorios previstos en la legislación urbanística.

CUARTO.- ***Términos de la sentencia apelada.***

El objeto del recurso lo constituye la desestimación por silencio de reclamación de responsabilidad patrimonial. Se basa en la imposibilidad de apropiación del aprovechamiento urbanístico al que tienen derecho por la gestión del NUM000 " DIRECCION000 ", al imposibilitarse el otorgamiento de licencias. Los demandantes son los copropietarios de dos fincas resultantes de la ejecución urbanística del polígono. Al prohibirse la edificación, no han podido materializar el aprovechamiento urbanístico, tal y como se señaló en sentencia y ahora en el PGOM. Se firmó un convenio urbanístico sobre que en el futuro PGOM se les atribuiría un aprovechamiento urbanístico. Se lleva a ejecución el Paseo Marítimo. Por incumplimiento del convenio se inició por el concello procedimiento de responsabilidad patrimonial. Se remite a un futuro plan especial. Se deniegan las licencias, concurre la circunstancia de la declaración de Patrimonio de la Humanidad de la Torre de Hércules por la UNESCO. Es una zona de equipamiento deportivo público.

Hubo expropiación, ocupación y convenio en que se reconocen determinados derechos de aprovechamiento como justiprecio de los bienes y derechos expropiados. Se solicitaron licencias en el polígono en que se materializaban dichos aprovechamientos y finalmente se deniegan dichas licencias por la Administración por impedirlo ahora las determinaciones urbanísticas y de protección del patrimonio, denegación que fue

confirmada en vía judicial. Los demandantes no fundan su reclamación en el incumplimiento del convenio sino que exigen responsabilidad extracontractual y por eso no se puede aplicar nuestra sentencia de 2 de junio de 2016 , en que se trataba de responsabilidad contractual. No acciona por incumplimiento del convenio expropiatorio. Reclaman por la denegación de la licencia por las limitaciones al derecho a edificar y patrimonializar el aprovechamiento por razón del ordenamiento sectorial y protección del patrimonio cultural en el mismo, en concreto por las limitaciones que impone la declaración por la UNESCO de la Torre de Hércules como Patrimonio de la Humanidad. Aplica el artículo 35 del TRLS de 2008, apartados a) y b). Los demás supuestos no son. Y los a) y b) parten de un presupuesto: la imposibilidad de materializar los derechos edificatorios derivados del derecho de propiedad, por alteraciones del planeamiento, por vinculaciones singulares. En este caso no es así, hay una dilación temporal en la materialización del aprovechamiento que tenía reconocido el actor. Partiendo de la pretensión del actor, que no puede modificarse, sin perjuicio de una acción futura con el mismo título de acreditarse la imposibilidad de materializar el aprovechamiento.

QUINTO.- El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, actualmente derogado, contiene en su artículo 35 los supuestos indemnizatorios, al establecer que *"Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos:*

a) *La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración. Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incursa en dicha situación durante su vida útil.*

b) *Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa.*

c) *La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística.*

d) *La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.*

e) La ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el período de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente. El derecho a la indemnización se fijará en los términos establecidos en el *artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa . Transcurridoscuatro años desde la ocupación sin que se hubiera producido la aprobación definitiva del mencionado instrumento, los interesados podrán efectuar la advertencia a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, quedando facultados para iniciar el mismo, mediante el envío a aquella de la correspondiente hoja de aprecio, una vez transcurridos seis meses desde dicha advertencia".* De su lectura ya se evidencia que se trata de ninguno de dichos supuestos, que no discute la parte apelante cuando indica que en realidad no son los únicos supuestos en que se puede apreciar su existencia.

Con respecto a las referencias que se contienen en el recurso de apelación a la STS, Contencioso sección 4 del **15 de diciembre de 2010,** Recurso: 1336/2009 , en la misma se da la razón al recurrente cuando en el segundo de dichos motivos denuncia la infracción de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 , producida al concluir la Sala de instancia que aquella era titular de una mera expectativa y no de ningún derecho preexistente del que hubiera sido privada como consecuencia de la protección que ha de otorgarse al Bien de Interés Cultural y a su entorno. Producida, en suma, cuando afirma que no hay daño indemnizable. **Al tiempo de producirse la declaración del Bien de Interés Cultural y de frustrar con ello aquel proyecto urbanizador, había pasado a formar parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, el derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico que correspondía al mismo.** La privación de ese derecho, aunque amparada por la aplicación de las normas sobre protección del Patrimonio Histórico, no deja de constituir una lesión antijurídica y como tal indemnizable, pues el propietario de dicho suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad.

Se dice en la misma lo siguiente: *"La jurisprudencia de este Tribunal Supremo en esta materia de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico, enjuiciando supuestos en que una norma posterior, ya sea de rango legal o fruto de la revisión o modificación del planeamiento, o en que la protección debida de*

determinados bienes, u otras causas, impiden el desarrollo urbanizador antes previsto, descansa en una idea de partida que en síntesis puede ser expresada de este modo: El contenido económico del derecho de propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que solo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestalpropio 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 solo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de este en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento que hayan devenido inútiles.

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

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

"... Pero sobre todo, hemos de darle la razón cuando en el segundo de dichos motivos denuncia la infracción de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 , producida al concluir la Sala de instancia que aquella era titular de una mera expectativa y no de ningún derecho preexistente del que hubiera sido privada como consecuencia de la protección que ha de otorgarse al Bien de Interés Cultural y a su entorno. Producida, en suma, cuando afirma que no hay daño indemnizable".

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

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

En el supuesto aquí analizado, sin embargo, no concurre esta última circunstancia, y no se ha producido la privación sino que existe una remisión al futuro plan especial, de forma que no es la licencia la que le causa el daño, puesto que aunque le impide edificar en la zona, no se le ha privado del aprovechamiento urbanístico que le corresponde.

Y con respecto a la sentencia de este Tribunal, STSJ, Contencioso sección 2 del 02 de junio de 2016 (ROJ: STSJ GAL 3838/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:3838), Sentencia: 363/2016 Recurso: 4148/2016 ; en la misma se conocía del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña, de 7 de enero de 2016 , dictada en el procedimiento ordinario nº 278/2012, contra la resolución presunta de la alcaldía del Ayuntamiento de A Coruña, por la que se entendió denegada la reclamación indemnizatoria que formuló por la denegación de licencia de obras que solicitó para construir un edificio en el "Polígono NUM000 DIRECCION000 "; en la misma se dice que *"La actora reclama los daños y perjuicios derivados de que el Ayuntamiento incumplió aquello a lo que se comprometió tanto en el año 1993 como en el año 2006. El incumplimiento del convenio de 1993 fue reconocido por el Ayuntamiento, y la responsabilidad*

derivada de ese incumplimiento fue asumida en el documento suscrito con la actora el 24-5-2006. Pero los términos de este documento determinan que la recurrente no pueda reclamar por algo anterior a esa fecha, pues aceptó el pago de la indemnización convenida por cualquier concepto por el que considerase que debía ser indemnizada.La reclamación de la recurrente no es por pérdida de aprovechamiento urbanístico, pues mantiene aquel con el que fue indemnizada, sino por la demora que sufre la posibilidad real de materializar ese aprovechamiento mediante la correspondiente edificación, y asimismo por los gastos en los que, por dicho motivo, incurrió de forma inútil...".

En este caso no se reclama por el incumplimiento del convenio, ni por el retraso, sino por la denegación de la licencia. Mas con relación a la imposibilidad de materializar el aprovechamiento, con el planeamiento en vigor, como se indica en el informe del departamento municipal de planeamiento de 6 de febrero de 2015, tanto el PGOM de 1998 como el PGOM de 2013, atribuyen a los propietarios del DIRECCION000 un aprovechamiento de 37.171 m2, por lo que no se aprecia mayor perjuicio que el tener que esperar a que se redacte el plan especial por el ayuntamiento y luego tener que formalizar una nueva equidistribución.

En el informe del concello se indica además que en el ámbito correspondiente al SUNC, coincidente sensiblemente con el anterior NUM000 , la ficha propone la realización de 37.171 m2 de nueva construcción (aproximadamente la misma que el PGOM de 1998 asignó al NUM000), no obstante lo cual a la hora de calcular el aprovechamiento tipo del área de reparto, consideró la totalidad de la superficie del ámbito del plan especial, en lugar de tomar únicamente la superficie destinada por el PGOM a SUNC, lo que hace que esté mal calculado. La superficie objeto de responsabilidad patrimonial que afecta a los propietarios del NUM000 , que son los que han interpuesto la reclamación administrativa, es de 3.717 m2 y no del total de la superficie del mismo, tal y como manifiestan los reclamantes. Y que aunque se deban tramitar previamente los instrumentos de ordenación, gestión y urbanización necesarios para que las licencias urbanísticas puedan otorgarse, ello no significa que no pueda materializarse el aprovechamiento que a los reclamantes les ha sido concedido por la Administración.

En el proyecto de compensación del NUM000 " DIRECCION000 ", se les adjudican parcelas de resultado a los afectados por el expediente de responsabilidad patrimonial que incluyen el aprovechamiento de la totalidad de las parcelas de origen del ámbito, que incluye la superficie ocupara por el Paseo Marítimo, y la parte proporcional que les corresponde con cargo al 10% de cesión municipal, de la indemnización de la ocupación temporal de los terrenos y la demolición de las edificaciones.

Y se concluye considerando que con la aprobación de proyectos de compensación del NUM000 y del POL H3.01 en San Amaro, los titulares de derechos han materializado mediante el abono en especie con cargo al aprovechamiento lucrativo del 10% de cesión obligatoria y de los bienes patrimoniales, los aprovechamientos reconocidos en los mutuos acuerdos sobre la responsabilidad patrimonial generada en relación a las parcelas sitas en el ámbito del NUM000 para la construcción del Paseo Marítimo. Y que el planeamiento vigente incorpora la posibilidad de materialización del aprovechamiento de los reclamantes.

En el acto de la vista el jefe del departamento aclara que con el plan especial va a ser posible patrimonializar el aprovechamiento, no es una hipótesis; dentro del mismo ámbito lo que se exige es que no se generen nuevas barreras la construcción bajo rasante, para no afectar a las vistas de la Torre; todo el aprovechamiento no es de uso residencial; en la cota de nivel bajo se puede construír sin generar impacto visual a la Torre; y las afirmaciones que se hacen de que no se va a construir no quiere decir que no se vaya a redactar el plan especial de protección, que puede limitar o prohibir edificar -lo que considera como una decisión política-, e insiste en que, en principio, se puede edificar con condiciones de edificabilidad, siendo lo relevante que la materialización está prevista en el plan.

Por consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación.

TERCERO.- ***Costas procesales.***

Procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación a quien lo interpuso al ser desestimado (artículo 139 de la LJCA), dentro del límite de 1.000 euros.

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. José Martín Guimaraens Martínez, en nombre y representación de D. Mariano y Dª Clara ; contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2016, dictada en autos de PO nº 38/2015, del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 2 de A Coruña .

2) Hacer imposición del pago de las costas procesales a la parte apelante dentro del límite de 1.000 euros.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional , que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley .

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente DOÑA MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo Letrada de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ