

Dictamen n^o: **114/15**
Consulta: **Alcaldesa de TorreloDONEs**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.03.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 18 de marzo de 2015, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de TorreloDONEs, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por E.M.S., en representación de la entidad A, por los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de la demora injustificada en el otorgamiento de una licencia de obra mayor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2014 tuvo entrada en el registro general del Ayuntamiento de TorreloDONEs una reclamación de responsabilidad patrimonial (folios 1-249) en relación con los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de la demora injustificada en el otorgamiento de la licencia de obra mayor de la parcela aaa del Sector Área Homogénea Sur (AHS) de TorreloDONEs.

El reclamante ponía de manifiesto que el 11 de febrero de 2008 le fue concedida a la sociedad B licencia de obras para la construcción de 26 viviendas en la parcela aaa del Sector AHS. No obstante, la citada sociedad desistió de la referida licencia, procediendo el Ayuntamiento de

Torrelodones a la devolución del importe correspondiente al respectivo Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras (ICIO).

Posteriormente, en contestación a la solicitud por parte de la reclamante de información sobre la viabilidad urbanística de la citada parcela, el Secretario Municipal, en escrito de 27 de abril de 2010, adjuntó el informe emitido por el arquitecto municipal según el cual:

“la propuesta de ordenación es viable urbanísticamente con las condiciones y reajustes derivados del presente informe, que se resumen en la tramitación preceptiva de un Estudio de Detalle para la delimitación de vías interiores privadas en proindiviso, cuya superficie computa como zona común a efectos de la parcela mínima de 200 m²s aplicable a las 32 viviendas unifamiliares proyectadas, y para la ordenación de volúmenes mediante las Áreas de Movimiento que se derivan de los retranqueos a las alineaciones exteriores señaladas en el DOC. 2 anexo al informe”.

El Estudio de Detalle exigido fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 31 de marzo de 2011 y publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 11 de junio de 2011, posibilitando, por tanto, la correspondiente edificación proyectada previa solicitud y otorgamiento de la licencia de obra mayor sin más requisitos.

Entiende la reclamante que, desde ese momento, tenía *“la expectativa razonable”* de poder iniciar la promoción de las 32 viviendas unifamiliares proyectadas, basada en la confianza legítima depositada en el Ayuntamiento puesto que éste ya había concedido otras licencias en el Sector AHS al constituir éste un suelo urbanizado o urbano consolidado.

Por ello, con fecha 16 de marzo de 2011, solicitó licencia de obra mayor aportando documentación complementaria el 31 de dicho mes.

Como consecuencia de ello, A puso en marcha la comercialización de la promoción "C" y procedió a la firma de los primeros contratos, previéndose la entrega de las viviendas para el último trimestre de 2012 y primero del 2013, con un plazo de ejecución total de 24 meses, que la reclamante estima razonable teniendo en cuenta que la licencia se solicitó el 16 marzo de 2011.

En los contratos firmados se estableció que el plazo previsto para la construcción de las viviendas era de 18 a 24 meses, estableciéndose, asimismo, que, en caso de que la promoción no se llevara a término por causas ajenas a la vendedora, A devolvería la cantidad entregada en concepto de reserva.

Tras la petición de licencia el arquitecto municipal emitió el 7 de abril de 2011 un informe en el que señalaba una serie de deficiencias subsanables.

Posteriormente, una vez abonado el ICIO, por importe de 114.416,32 euros y la Tasa por la prestación de servicios urbanísticos, por importe de 56.064 euros y aportada la documentación técnica solicitada por el Ayuntamiento, el arquitecto municipal emitió informe favorable con fecha 27 de junio de 2011 en el que destacaba que el proyecto cumplía la ordenanza aplicable a la parcela tal y como resultaba del plan parcial del sector así como las determinaciones del estudio de detalle.

Entre las condiciones especiales impuestas sólo se hacía referencia a la de aportar aval por importe de 25.053,03 euros para garantizar las obras de urbanización correspondientes a la ejecución del viario interior.

No obstante, el Ayuntamiento procedió, el 22 de julio de 2011, a requerir a la reclamante para que, con carácter previo al otorgamiento de la licencia, presentase la documentación y las garantías señaladas en un informe del secretario del Ayuntamiento de la misma fecha, según el cual,

al haber entrado en vigor la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, que modificó el artículo 23.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSM) en el sentido de exigir la prestación de garantía por el coste de ejecución de las obras de urbanización cuando se pretenda la ejecución simultánea de las obras de edificación en terrenos que no tengan la condición de solar con las de urbanización, procedía exigir a la reclamante (salvo que lo hiciesen las Juntas de Compensaciones afectadas) que garantizase el coste íntegro de la urbanización del Sector AHS además de los compromisos previstos en el artículo 41 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Frente a la citada Resolución se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Resolución de 23 de septiembre de 2011 de tal forma que la reclamante tuvo que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Madrid (recurso 161/11) dictó sentencia el 24 de septiembre de 2013 anulando las resoluciones recurridas y condenando al Ayuntamiento a continuar la tramitación del procedimiento hasta dictarse resolución que “(...) *no puede estar fundada en el incumplimiento de los condicionantes que el informe cuestionado del Secretario Municipal de 22 de julio de 2011 contiene*”.

La citada sentencia reproduce la de 3 de enero de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que concluye que la conexión con la A-6 es un sistema general adscrito al sector AHS a los efectos de la obtención del suelo y ejecución de la obra, obligación que consta expresamente en el plan parcial concretando los avales que han de prestarse al efecto y poniendo de manifiesto que dichas obras y avales son “*independientes de las garantías legalmente exigibles para la ejecución de las obras de urbanización interiores al sector comprendidas en el proyecto de urbanización*”.

Recuerda la sentencia que, en febrero de 2005, se modificó el citado plan parcial para prever la financiación del sistema general viario exterior

mediante un convenio entre los afectados (propietarios y administraciones implicadas) que se procedió a suscribir el 8 de febrero de 2006 si bien el Pleno del Ayuntamiento rechazó su formalización el 11 de enero de 2007.

Igualmente destaca que los terrenos precisos para la ejecución de la infraestructura han sido expropiados habiendo sido abonado el justiprecio por las Juntas de Compensación afectadas.

Tras reiterar que el sistema general exterior esta desvinculado de las garantías exigibles para la ejecución de obras de urbanización interiores del sector, destaca que se ha acreditado que el Ayuntamiento ha concedido numerosas licencias de construcción y primera ocupación en dicho sector entre los años 2008 y 2011 y ha recaudado diversas cantidades por servicios prestados en dicho sector (IBI, tasas por servicios urbanísticos, basuras, entradas de garajes, etc.).

Por ello entiende que no es de aplicación el artículo 23 de la LSM en la redacción otorgada por Ley 9/2010 ya que dicho precepto es aplicable a *“terrenos que no tengan todavía la condición de solar con obras de urbanización en curso, que no es el caso”* a lo que se suma *“el cambio de criterio municipal para la concesión de licencias de obras en el Sector [que] determina una ausencia de igualdad de trato basada en los criterios aplicados en supuestos extraordinariamente cercanos”*, en referencia a las licencias ya concedidas en el Sector AHS y con apoyo en lo dispuesto en los artículos 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 84 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, así como en jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del carácter reglado de la intervención de las Corporaciones locales en el otorgamiento de licencias y otros actos de control preventivo, sin que pueda extenderse tal intervención *“por analogía a supuestos que la ley no prevea, porque se trata de limitaciones a derechos de los ciudadanos, en las que, además, ha de actuarse con sujeción, en todo caso, a los principios de igualdad de trato,*

congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual (...) así como a la exigida proporcionalidad".

Por todo ello considera nulo el requerimiento efectuado para prestar garantía por las obras de enlace con la A-6 ordenando la retroacción del procedimiento.

Al no interponerse recurso ganó firmeza como constata Diligencia de Ordenación de 11 de noviembre de 2013.

Entiende la mercantil reclamante que la paralización temporal del expediente de concesión de licencia de obra mayor provocó la resolución de los contratos de compraventa firmados con futuros adquirentes de las viviendas y, a su vez, a desistir posteriormente de la licencia y a solicitar la devolución de los importes del ICIO y el de la Tasa por Prestación de Servicios Urbanísticos, solicitud que no tuvo contestación por el Ayuntamiento.

Destaca que las actuaciones del Ayuntamiento deterioraron la imagen de la reclamante ante los clientes y las entidades financieras.

Señalaba que las actuaciones realizadas por A, encaminadas a la obtención de la licencia de edificación supusieron una serie de gastos por importe total de 308.427,43, con el siguiente desglose:

- Honorarios correspondientes a la redacción del Estudio de Detalle y redacción del proyecto básico de 32 viviendas unifamiliares: (95.432,66 euros) y del proyecto de ejecución (31.804,74 euros).
- Pago de la tasa por Prestación de Servicios Urbanísticos (56.064 euros) y del ICIO (114.416,32 euros).
- Publicación de anuncios relativos al Estudio de Detalle en prensa (344,52 euros) y en el BOCM (85,93 euros, 36,03 euros, 2.188,80 euros y 722,75 euros).

- Maqueta (1.919 euros) y publicidad de la promoción (2.462,68 euros).
- Honorarios de servicios jurídicos para la redacción del recurso de reposición contra la resolución de 22 de julio de 2011 (2.950 euros).

Entiende que esa cantidad ha de incrementarse conforme la tasa libre de riesgo a la que se refiere el artículo 22.3 del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre (RV), lo cual determina una cantidad de 341.555,62 euros.

A ello ha de añadirse el lucro cesante derivado de la resolución de contratos de compraventa que, detraído el valor de construcción conforme el citado Reglamento, fija en 230.262,47 euros a partir del informe elaborado por el director financiero de la reclamante.

Solicitaba por ello una indemnización por importe total de quinientos setenta y un mil ochocientos dieciocho euros con nueve céntimos de euro (571.818,09 €).

Acompañaba a su escrito, entre otra documentación, copias de la Sentencia n.º. 316/2013, de 24 de septiembre de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º. 9 de Madrid, del plan de comercialización de la parcela aaa, de contratos formalizados con compradores y el citado informe elaborado por su director comercial.

SEGUNDO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Mediante Resolución de la Alcaldía, de 13 de mayo de 2014, se admitió a trámite la reclamación y se inició el correspondiente expediente, concediendo al reclamante un plazo de 15 días a fin de aportar cuantas pruebas considerase oportunas (folios 250-251).

Con fecha 5 de junio de 2014, el reclamante presentó escrito en el que, destacaba que no existía ningún acto de instrucción por lo que se reiteraba en su escrito de reclamación adjuntando copia de la totalidad de la documentación ya aportaba. Añadía, no obstante, que el Ayuntamiento había procedido a devolverle el importe del ICIO por lo que la cantidad reclamada debía minorarse en 130.528,65 euros.

Se ha incorporado al expediente (folio 409) el informe emitido por el secretario del Ayuntamiento, de 13 de junio de 2014, en el que se considera que no son indemnizables los daños relativos a la licencia, toda vez que el desistimiento de su solicitud es una decisión propia de la empresa por lo que no existe nexo causal entre la decisión de la empresa de no continuar con el procedimiento y la actuación administrativa. Por ello no procede asumir responsabilidad en materia de trámites de concesión de licencias o de preparación de Estudio de Detalle que, además, ha sido aprobado y está vigente.

Por el contrario afirma que:

“En cuanto a las acreditaciones de los perjuicios por la pérdida de ventas, debe estarse al efectivamente producido teniendo en cuenta lo que se haya dejado de vender, atendiendo a los contratos efectivamente firmados, vigentes y no incumplidos en el momento en el que se debió conceder la licencia, el beneficio que se hubiera obtenido con la venta menos el coste de construcción y urbanización pendiente”.

De igual forma, se ha incorporado al expediente el informe emitido por un arquitecto municipal del Área de Urbanismo, de fecha 2 de julio de 2014, en el que considera que tanto de la sentencia como de los informes previos favorables se desprende que debía concederse la licencia por lo que lo que ha de indemnizarse es únicamente el retraso en su concesión, estando por tanto justificado el abono del lucro cesante.

Por ello concluía que la valoración del lucro cesante se podría estimar en un máximo de 148.606,85 euros, si se consideraban solamente errores materiales objetivos, y un mínimo de 52.085,63 euros, si a los anteriores se sumaban correcciones de tipo conceptual, que afectaban al método y parámetros de valoración y naturaleza más subjetiva, pero justificados técnicamente (folios 411-413).

Con fecha 9 de julio de 2014, se confirió trámite de audiencia a la reclamante.

En uso de dicho trámite, el 18 de julio de 2014, presentó escrito de alegaciones (folios 419-430) en el que, manifestaba su disconformidad tanto con el informe emitido por la Secretaría municipal como por el emitido por el arquitecto municipal.

Considera que el informe del secretario municipal vulnera lo dispuesto en el artículo 26.1 del Texto Refundido de la Ley del suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR) y el artículo 6.1 del RV.

Asimismo contradice determinados aspectos del informe del arquitecto municipal negando determinados errores en su valoración inicial (supuestos errores materiales, inclusión o no de determinados contratos a efectos de valoración, cómputo del periodo de capitalización, etc.).

No obstante, reconoce un error en la valoración del lucro cesante de una vivienda por lo que corrige su reclamación que concreta en 438.748,33 euros.

Aporta un nuevo informe de su director financiero.

El secretario municipal emitió informe el 21 de julio de 2014, en contestación a las alegaciones del reclamante, en el que se reitera en el anterior y considera no aplicable el artículo 26 del TRLR ya que se refiere

a gastos inútiles a consecuencia de una decisión de la Administración, cosa que no sucede en el presente caso (folio 431).

Por su parte, el arquitecto municipal emitió nuevo informe (folios 435-437), de fecha 31 de julio de 2014, en el que señala que su objeto es revisar la valoración del lucro cesante.

Considera que el nuevo informe del director financiero sigue incurriendo en errores en cuanto a la valoración del margen de beneficio de la promoción sin que se pueda valorar un contrato de reserva de una vivienda a diferencia de lo que alega el reclamante. Propone, no obstante, estimar el cálculo del periodo de capitalización que realiza la reclamante así como incluir el lucro cesante de otra vivienda.

Por último rechaza el margen de beneficio del 15,04% que propugna la reclamante manteniendo el del 11% de su anterior informe.

Concluye que la valoración del lucro cesante se estima en un máximo de 148.606,85 euros (mismo importe que el anterior informe) si no se pone en cuestión el porcentaje de beneficio (derivado de la imputación del coste del suelo) y un mínimo de 88.696,44 euros, si se revisa dicho porcentaje (52.085,63 euros en el anterior informe).

Por todo ello propone valorar el lucro cesante en 88.696,44 euros.

El 21 de octubre de 2014 emite informe el interventor municipal considerando correcta la indemnización de 88.696,44 euros pero destacando que ha de dictaminar el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

La alcaldesa, con fecha 31 de octubre de 2014, formula una propuesta de Acuerdo a la Junta de Gobierno, en el sentido de abonar en concepto de responsabilidad patrimonial el importe de 88.696,44 euros (folio 439)

En este estado del procedimiento, el expediente se remitió a este Consejo Consultivo el 9 de diciembre de 2014 para su preceptivo informe, siendo objeto del Dictamen 545/14, de 9 de octubre, en el que se proponía la retroacción del procedimiento a fin de otorgar audiencia a la reclamante, por no haberse cumplimentado adecuadamente dicho trámite.

A la vista del anterior Dictamen, con fecha 2 de enero de 2015, se notificó nuevo trámite de audiencia a la reclamante.

En uso de dicho trámite, el 14 de enero de 2015, presentó escrito de alegaciones (folios 460-464) en el que, en síntesis, reiteraba lo manifestado en su anterior escrito de alegaciones.

La alcaldesa, con fecha 29 de enero de 2015, formula una propuesta de Acuerdo a la Junta de Gobierno reconociendo, en concepto de responsabilidad patrimonial, el importe de 88.696,44 euros (folio 465)

TERCERO.- La alcaldesa de Torreloz, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz de Gobierno de conformidad con el artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo, formula mediante oficio de 29 de enero de 2015, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 13 de febrero siguiente, preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 18 de marzo de 2015.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.3 de la LCC.

El dictamen ha sido evacuado en el plazo ordinario que establece el artículo 16.1 de la LCC.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) en cuanto solicitante de la licencia de obra cuyo otorgamiento con retraso ha originado los daños por los que reclama.

Actúa representada en el procedimiento por una persona sin que se acredite su poder de representación conforme exige el artículo 32 LRJ-PAC. Por ello, salvo que esa representación le conste al Ayuntamiento en otro procedimiento (artículo 35 f) LRJ-PAC), debería exigirse su acreditación.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Torrelozón en cuanto ostenta competencias en materia de urbanismo conforme el artículo 25.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) actualmente apartado a) tras la modificación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre.

En cuanto al plazo para reclamar, al tratarse de responsabilidad derivada de la anulación de un acto administrativo, resulta de aplicación el artículo

142.4 que establece que el plazo de un año se computará desde que se dicte sentencia definitiva.

Aun cuando el sello del Colegio de Procuradores resulta parcialmente ilegible, al dictarse la sentencia el 24 de septiembre de 2013, ha de considerarse en plazo la reclamación presentada el 28 de marzo de 2014.

En cuanto a la tramitación del procedimiento se han cumplimentado los trámites previstos en el RPRP, admitiéndose la prueba propuesta y recabando informe de los servicios a los que se imputa el daño. Igualmente se ha concedido audiencia a la reclamante conforme establecen los artículos 84.1 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

En el ámbito urbanístico ha de tenerse en cuenta la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR) que, en este ámbito, se integra en el régimen general de responsabilidad de las Administraciones públicas del artículo 149.1.18ª de la Constitución (STC 164/2001, de 11 julio, F.J. 33º).

En concreto, el artículo 35 del TRLR al contemplar lo que denomina “*supuestos indemnizatorios*” contempla expresamente en su apartado d) como determinante de indemnización “*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*”.

CUARTA.- En el presente caso nos hallamos ante un caso de condicionamiento de la licencia improcedente, tal y como ha declarado la jurisdicción contencioso administrativa por sentencia firme de 24 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Madrid.

La sentencia considera que la parcela respecto de la cual se solicitó la licencia de obras tenía la condición de solar por lo que no resultaba de aplicación la previsión del artículo 23.1 de la LSM, en la redacción otorgada por Ley 9/2010, a lo que se suma el que el Ayuntamiento venía concediendo licencias en dicho sector sin exigir las condiciones impuestas a la solicitud de licencia formulada por la reclamante.

Por todo ello, como reconoce la propia propuesta de resolución, la actuación municipal ha ocasionado un daño antijurídico a la reclamante que no tenía que soportar por lo que la cuestión a dilucidar radica en la valoración de ese daño.

La reclamante considera que se ha de estar a los criterios que establece el artículo 26 del TRLS para la indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación de tal forma que ha de acudir a la fórmula de valoración contenida en el artículo 29. 1 del RV.

Sin embargo este Consejo considera que no resulta aplicable dicho precepto por cuanto se refiere a aquellos casos en los que los conceptos indemnizables que recoge esa norma hayan devenido “*inútiles*” por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración, “*inutilidad*” que ha de ser objetiva y no derivar de la voluntad del promotor.

En este caso, el condicionamiento de la licencia solicitada no ha convertido en inútiles esos gastos sino que ha sido el promotor el que ha entendido que, a la fecha en la que finalmente se le concedía la licencia, no tenía interés en continuar la promoción y por ello ha decidido desistir de la solicitud de licencia.

Además, no estamos, en puridad, ante una denegación de la licencia sino que lo que imponía el Ayuntamiento era el abono o garantía por parte de la solicitante de determinadas obras de urbanización de tal forma que cabía haber avalado esos costes y recurrir la licencia así condicionada.

Lo contrario supondría que, abonado conforme el artículo 26 del TRLS y el artículo 35 del RV el beneficio que cabría obtener de la actuación urbanizadora, la reclamante podría solicitar una nueva licencia iniciando una promoción, obteniendo así por duplicado los beneficios de la promoción de edificación en la misma parcela, lo que supondría a todas

lucen un enriquecimiento injusto. Es por ello que este Consejo identifica la inutilidad a la que se refiere el citado artículo 26 con la imposibilidad definitiva de llevar adelante la edificación o de tener que hacerlo en condiciones distintas a las que se tenía derecho (vgr. disminución de la edificabilidad).

Al no estar el supuesto contemplado en el ámbito de aplicación del artículo 26 del TRLS ha de aplicarse el artículo 28 de dicho texto legal que se remite a los criterios generales de valoración.

QUINTA.- Procede, por tanto, determinar el daño causado a la reclamante y proceder a su valoración.

Como hemos indicado no procede valorar la totalidad de la promoción por cuanto ha sido la propia reclamante la que voluntariamente ha decidido no proseguir con la licencia una vez dictada sentencia firme que reconocía que su obtención no precisaba abonar o avalar las obras de urbanización que exigía el Ayuntamiento de Torreloz.

Por tanto la cantidad a abonar consiste en el lucro cesante en cuanto ganancias dejadas de obtener por la reclamante a raíz de la actuación del Ayuntamiento que supuso un considerable retraso en la obtención final de la licencia al tener que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

En materia de lucro cesante, este Consejo viene señalando (por todos los dictámenes 36/14, de 22 de enero y 350/14, de 30 de julio), que el Tribunal Supremo tiene establecidos los requisitos que han de concurrir para poder apreciarlo, a saber:

- a) han de excluirse las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas.
- b) no debe producirse un enriquecimiento injusto.

c) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad (sentencia de 20 de enero de 2004 (recurso 6259/2008)).

Aplicando estos criterios al presente caso es palmario que suponen una pérdida de ganancia las viviendas que la reclamante ya había logrado “*vender*” en un sentido amplio (ya se califiquen los contratos como precontratos, promesa de venta, arras, etc.) pero que no llegaron a buen fin como consecuencia de la actuación municipal dando lugar a la resolución de los contratos.

Los contratos en los que concurre ese requisito son los referentes a las parcelas bbb, ccc y ddd si bien el Ayuntamiento niega que este último sea un contrato de compraventa.

Sin entrar en disquisiciones sobre la naturaleza jurídica del “*documento de reserva*” relativo a dicha parcela (folios 58-61) este Consejo considera que el mismo es un contrato (artículo 1254 del Código Civil) del cual resultan obligaciones para ambas partes (reserva de una vivienda, fijación de un precio, determinación de la forma de pago, entrega de una cantidad) y, por ello, el posterior desistimiento de los futuros compradores ocasionó un daño económico a la reclamante que ha de ser indemnizado, máxime cuando los compradores desisten el 11 de noviembre de 2011 alegando como causa la resolución municipal (folios 131-132).

En cuanto a la parcela ccc el Ayuntamiento considera que, puesto que el comprador desistió de esa operación por el retraso de la misma optando por adquirir una vivienda en otra promoción de la reclamante, procede

únicamente indemnizar la diferencia de valor (folio 413) si bien posteriormente estima la alegación de la reclamante al respecto (folio 436).

Por tanto, valorando el lucro cesante mediante la aplicación del porcentaje de beneficio sobre el que la reclamante y el Ayuntamiento están sustancialmente de acuerdo (18,43%) y tomando como precio de venta de la parcela ddd el finalmente reconocido (tras un error inicial) por la promotora, el lucro cesante sería el siguiente.

<u>Parcela</u>	<u>Precio venta</u>	<u>%Beneficio</u>	<u>Lucro cesante</u>
bbb	375.000	18,43%	69.112,50 €
ccc	384.450	18,43%	70.854,13 €
ddd	405.550	18,43%	74.742,86 €
Total			214.709,49 €

Capitalizando esta cantidad al interés legal del dinero (4%) durante el periodo de dieciocho meses resultan (s.e.u.o) unos intereses de 12.964,30 euros.

Por todo ello la cantidad a abonar como lucro cesante de la promoción asciende a 227.673,79 euros.

Por último resta por analizar el abono de los honorarios de un bufete de abogados por la redacción del recurso de reposición que fue desestimado por el Ayuntamiento.

Con independencia de la existencia de líneas jurisprudenciales enfrentadas sobre la obligación de abonar los honorarios derivados de la asistencia jurídica en la vía administrativa, lo cierto es que las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2013 (recurso 4012/2012) y de 11 de marzo de 2014 (recurso 406/2012) exigen que consten, no solo las facturas debidamente numeradas y firmadas (como es el caso de la obrante al folio 234), sino que conste el justificante de pago en cuanto a que el reclamante ha abonado la cantidad consignada en la factura lo cual, según

el Tribunal Supremo, “(...) *significa que la recurrente no ha sufrido - al menos, no hasta ahora- una pérdida patrimonial. Por decirlo de otro modo, no hay un daño "efectivo" en el sentido que a esta expresión atribuye el art. 139 LRJ-PAC. En la mejor de las hipótesis, estaríamos en presencia de un daño meramente potencial o virtual y, por consiguiente, no concurre el presupuesto mismo de la responsabilidad patrimonial que, tanto en el derecho nacional como en el derecho de la Unión Europea, es la existencia de un daño.*”

Del examen del expediente no resulta que la citada factura se pague por lo que no puede tenerse por acreditado el daño.

La cantidad indicada como lucro cesante deberá actualizarse conforme el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo a la reclamante una indemnización de 227.673,79 euros que deberá actualizarse conforme el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 18 de marzo de 2015