



Roj: **STSJ AR 150/2016 - ECLI: ES:TSJAR:2016:150**

Id Cendoj: **50297330032016100015**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **3**

Fecha: **02/02/2016**

Nº de Recurso: **293/2013**

Nº de Resolución: **36/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- SECCIÓN TERCERA -

RECURSO DE APELACIÓN Nº: 293/13

SENTENCIA: 00036/2016

SENTENCIA Nº 36 DE 2016

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D.FERNANDO ZUBIRI de SALINAS

MAGISTRADOS:

D.JAVIER SEOANE PRADO

D.LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH

Dª.CARMEN SAMANES ARA

D.IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA

=====

En Zaragoza, a dos de febrero dos mil dieciséis.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia De Aragón, integrada por los Magistrados que al margen se relacionan, el recurso de apelación nº **293/13**, interpuesto por el apelante la entidad mercantil **VALLEHERMOSO DIVISIÓN PROMOCIÓN, S.A.U.** representada por la Procuradora Dª Carmen Baringo Giner y defendida por el Letrado D.Pablo Pisa Benito; y como partes apeladas la **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN** representada y dirigida por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón , el **AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA** representado por la Procuradora Dª. Sonia Salas Sánchez y defendido por la Letrada Dª.Rosa Sánchez Gimenez, y la entidad aseguradora **ZURICH INSURANCE PLC**, representada por el Procurador D. Fernando Gutiérrez Andréu y dirigida por la Letrada Dª.Virginia Laguna Marín-Yaseli, siendo ponente el Ilmo Sr Magistrado D.LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH.

Es objeto de apelación la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Cuatro de Zaragoza de fecha 30 de julio de 2013, dictada en el procedimiento ordinario nº 532/09 y acumulado 93/10 seguido en dicho Juzgado, desestimando el recurso contencioso- administrativo interpuesto por Vallehermoso División Promoción, S.A.U. contra la Orden de fecha 5/10/09 de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del



Gobierno de Aragón, que declara que no procede responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios solicitados a consecuencia de las prescripciones establecidas para el tratamiento de restos arqueológicos por la Comisión Provincial de Patrimonio Cultural de Zaragoza y la Dirección General de Patrimonio Cultural, en solar sito en la C/Juliana Larena de Zaragoza (PRPA-140/08)(PO.532/09-AC).

Decreto de fecha 15/01/2010 del Consejero de hacienda, Economía y Régimen Interior del Ayuntamiento de Zaragoza, que desestima reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios ocasionados por condicionar el otorgamiento de licencia urbanística a las prescripciones antes citadas en edificación en solar sito en C/Juliana Larena (PO.93/10-A1)

La cuantía del procedimiento ha quedado fijada en Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra.Baringo Giner, en la representación que ostenta, formuló recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de ésta sentencia, mediante escrito que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Zaragoza en fecha 16 de diciembre de 2009, el cual correspondió por turno de reparto al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de dicha ciudad,

En escrito de fecha 9/03/10 la Procuradora Sra. Baringo Giner, solicitó la acumulación a las presentes actuaciones del P.O. 93/10-A1 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, dando traslado a las demás partes por plazo de 5 días para formular alegaciones sobre la misma. Evacuado el trámite en tiempo y forma, por Auto de fecha 12 de abril de 2010 se acordó la acumulación del PO.93/10 al PO 532/09.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 dictó Sentencia de fecha 30 de julio de 2013 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

<< DESESTIMAR el recurso P.Ordinario 532/2009-Ac (al que posteriormente se acumuló el P.Ordinario 93/2010-A1, procedente del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Zaragoza), interpuesto por VALLEHERMOSO DIVISION PROMOCIÓN, S.A.U . con la representación y defensa antes expresada, contra la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho de la presente, y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida.

SEGUNDO.- No efectuar una especial imposición de costas.>>

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia la parte recurrente interpuso recurso de apelación solicitando se dicte sentencia cuyo suplico es el recogido en los siguientes términos:

<< Que, previos los trámites oportunos, acuerde estimar el recurso de apelación, interpuesto por mi representada contra la Sentencia de fecha 30 de julio de 2013, dictada en el PO.nº532/13-AC, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CUATRO de Zaragoza , revocando la sentencia apelada, y se declare la nulidad de los dos actos administrativos impugnados, con reconocimiento de la procedencia de la reclamación patrimonial administrativa solicitada por mi representada, y el derecho de la misma a percibir la indemnización económica derivada de su reclamación.>>

Admitido a trámite dicho recurso, se dio traslado a las partes apeladas, formalizándose escritos de oposición al mismo; elevándose las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con emplazamiento de las partes por término de 30 días para personarse ante el citado órgano.

TERCERO.- Por resolución de día 10 de enero de 2014 fue designado Magistrado-Ponente del presente recurso el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar, quedando las actuaciones pendiente de señalamiento, y en virtud de la adscripción de Magistrados de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal, por providencia de 19 de enero de 2016 fue designado nuevo ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH, fijándose para votación y fallo el día 26 de enero de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Zaragoza dictó sentencia el día. 30 de julio de 2013 en la que desestimaba la demanda interpuesta por VALLEHERMOSO DIVISIÓN PROMOCIÓN,S.A.U. contra Orden Autonómica y Decreto Municipal del Ayuntamiento de Zaragoza antes citados que rechazaban la petición de responsabilidad patrimonial derivada tanto de las actuaciones que la



parte actora llevó a cabo como de los retrasos que debió soportar por la aparición de restos arqueológicos cuando comenzó la obra de una edificación en el solar sito en la ciudad de Zaragoza, calle Juliana Lorena

Las razones en que se fundamenta el recurso de apelación se expondrán con el detalle necesario más adelante, y se basan, esencialmente, en considerar el actor que la sentencia recurrida no es correcta cuando excluye la responsabilidad administrativa con apoyo en la normativa de protección del patrimonio cultural, ya que la demandante llevó a cabo más actuaciones que las que le impone tal normativa.

Por las Administraciones apeladas, Diputación General de Aragón y Ayuntamiento de Zaragoza se considera correcta la sentencia dictada, por lo que solicitan su confirmación. .

SEGUNDO.- Para un mejor tratamiento del recurso de apelación presentado parece oportuno resolver, en primer lugar, sobre lo expuesto en sus alegaciones primera, segunda, tercera y sexta, referentes a la cuestión nuclear de si corresponde o no declarar responsabilidad de las administraciones codemandadas conforme a los hechos, normas e interpretaciones jurisprudenciales de aplicación. Respecto de lo cual cabe aclarar a priori que el objeto procesal del recurso contencioso administrativo es el acto administrativo dictado por él órgano competente para ello en el seno de la organización administrativa, con exclusión, por tanto, de posibilidad de revisión de cada uno de los actos de trámite o de cada uno de los informes evacuados por funcionarios u organismos consultivos a lo largo del expediente.

Una vez resuelta la cuestión esencial es cuando será, en su caso, oportuno, valorar las consideraciones contenidas en las alegaciones cuarta y quinta, referentes a los concretos perjuicios que reclama el apelante.

Consta acreditado, y así se recoge en la sentencia recurrida por transcripción parcial de las resoluciones impugnadas y de las alegaciones de las partes, que la licencia para construcción en la calle Juliana Lorena 1-9 de Zaragoza de 197 viviendas libres, 197 trasteros y 300 plazas de estacionamiento y locales comerciales fue concedida a la parte demandante condicionada al cumplimiento de las prescripciones derivadas de la normativa de protección del patrimonio cultural, respecto de lo cual debe tenerse en cuenta la situación del solar en el Casco Histórico de Zaragoza.

Efectuadas un total de quince catas arqueológicas, fue positiva una de ellas por aparición de una estructura de hormigón, posible refugio de guerra o polvorín. En consecuencia, por Resolución de la Dirección General de Patrimonio Cultural (DGPC) de fecha 7 de marzo de 2007 se ordena realizar a cargo del promotor un estudio arqueológico del área correspondiente a la cata que había dado resultado positivo. En cumplimiento de esta Resolución el demandante presentó permiso para excavación arqueológica, que fue concedido por nueva Resolución de 28 de junio de 2007. Dado que en el periodo que separa el dictado de ambas Resoluciones fueron encontrados otros restos importantes en el solar contiguo, (luego se concretarían como correspondientes al antiguo Convento de San Lázaro y a ruinas romanas e islámicas), en ella se acordó lo correspondiente también a la actuación sobre estos nuevos restos.

Lo referente al polvorín y armamento fue luego culminado, con desmontaje de los restos y traslado de armas sin nueva cuestión y sin que sobre ello exista controversia alguna.

TERCERO.- En lo referente a los restos distintos del refugio o polvorín, la citada Resolución de 28 de junio de 2007 ordenó un seguimiento y control exhaustivo de la excavación en lo que afectara a los lados oeste y sur de la parcela donde edificaba la demandante. Efectuada la excavación arqueológica, por Resolución de la DGPC de 25 de septiembre de 2007 se informó favorablemente la continuación de las obras, si bien con varias prescripciones técnicas, que, en lo referente a los elementos estructurales vinculados a los extremos noroeste y suroeste incluían la necesaria aportación por los promotores de un estudio de detalle sobre las afecciones de la obra en relación con los restos arqueológicos del convento, a cargo del promotor, con prescripción al arqueólogo director de los trabajos de que presentara un informe sobre la intervención.

El día 25 de octubre de 2007 fue presentado el informe requerido. El día anterior, 24 de octubre de 2007, por su propia iniciativa, la promotora ahora recurrente había presentado ya un Proyecto de Intervención sobre los nuevos restos con el objeto de proceder a su conservación, desmontaje y restauración, con recolocación en la nueva estructura proyectada, además de la excavación de los niveles subyacentes de las estructuras halladas.

El Proyecto de Intervención presentado por la demandante fue aprobado por Resolución de la DGPC de 20 de noviembre de 2007 y luego fue dado permiso para la práctica material de lo proyectado en fecha 10 de diciembre de 2007, que fue después renovado en fecha 24 de enero de 2008.

Realizado el desmontaje, se presenta el correspondiente informe ante la DGPC el día 8 de julio de 2008, lo que da lugar al dictado final, el día 26 de marzo de 2009 de Resolución por la que la DGPC dio por terminada al día indicado de 8 de julio de 2008 la intervención arqueológica en el solar, a falta, exclusivamente, de la reinstalación de los restos.



En paralelo a las anteriores actuaciones, el Ayuntamiento de Zaragoza desarrolló la actividad propia de su competencia en relación con la concesión de la licencia urbanística, siempre condicionada al cumplimiento de las prescripciones propias de la competencia de la DGPC del Gobierno de Aragón. Finalmente, la licencia fue modificada, respecto de la licencia inicial, por reducción de seis plazas de garaje y diecisiete cuartos traseros.

CUARTO.- Con base en los hechos y resoluciones administrativas antes citadas, la parte demandante reclama responsabilidad administrativa ante el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza por considerar, en resumen, que por causa única de todo lo derivado del hallazgo de restos arqueológicos sufrió retrasos en la realización de la promoción proyectada; tuvo costes económicos añadidos por tener que modificar el Proyecto de Ejecución al recalcular las estructuras de la edificación para recolocación de los restos en planta menos uno del edificio, así como por tener que confeccionar el Proyecto de Intervención sobre los restos; soportó gastos adicionales por la realización material que llevó a cabo; y se ha visto privado de la posibilidad de disponer de seis plazas de aparcamiento y diecisiete cuartos traseros.

La reclamación efectuada yuxtapone lo que son dos reclamaciones que surgen en dos momentos distintos en el tiempo y que reciben tratamiento normativo también distinto. El primer aspecto de la reclamación se refiere a la actuación preventiva que la intervención administrativa impone, con el fin de conocer si los restos encontrados son de valor arqueológico y con qué alcance. El segundo, surge a partir del momento en que, comunicado a la Administración el informe detallado sobre los restos encontrados, por ésta se toma la decisión que corresponda sobre rechazo de la conservación de los restos o sobre la necesidad de mantenerlos y, en tal caso, en qué condiciones. Sin duda, la norma principal de aplicación (Ley de Aragón 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés - LPCA) debe ser interpretada en su conjunto, pero ello no impide considerar que, sin perjuicio de la interconexión de los distintos preceptos entre sí, al primero de los aspectos indicados (actuación preventiva) se refieren especialmente los artículos 17, 68, 70 y 71, mientras que al segundo (actuación conservadora) hacen referencia más concreta los artículos 18, 67 y 70.

QUINTO.- La actuación preventiva propiamente dicha y los efectos colaterales perjudiciales que pueda suponer respecto de terceros, especialmente, la práctica de averiguaciones y tiempo de dilación que pueda suponer la búsqueda de restos respecto del inicialmente previsto para hacer la edificación proyectada, es cuestión que tanto legal como jurisprudencialmente ha sido claramente resuelta: tanto la realización de catas como de cualquier otra actividad dirigida a la búsqueda de restos corre de cargo del particular. Así lo ordena el artículo 68.2.b) de la LPCA y así viene establecido por la Jurisprudencia reiterada y, por tanto, vinculante, del Tribunal Supremo, como, por ejemplo, en sentencias de la Sección 6ª de la Sala 3ª de 5 de octubre de 2015, recurso nº 799/2014, y sentencia de igual Sala y Sección de 17 de septiembre de 2010, recurso nº 5648/2005. Cabe destacar cómo la primera de tales sentencias, de observar ahora por su plena aplicación conforme a la legislación aragonesa, aunque referida a legislación de otra Comunidad Autónoma, señala: "En definitiva, la norma autonómica, interpretada y aplicada por el Tribunal Superior de Justicia, establece un régimen de intervención arqueológica que condiciona la conducta del particular y de la Administración y la obligación de soportar los daños y perjuicios derivados de la misma. Norma que en el caso de intervenciones preventivas permite (...)

Es por ello que la denegación de la responsabilidad patrimonial por tal motivo, al considerar que no nos encontramos ante un daño antijurídico, ni de una carga singular, sino una limitación general que la recurrente está obligada a soportar, no conculca los preceptos invocados ni el régimen general de responsabilidad patrimonial contenido en la Ley 141.1 de la Ley 30/1992, ni la jurisprudencia de este Tribunal Supremo encaminada precisamente a distinguir los supuestos en los que los daños son consecuencia de una obligación general impuesta por el ordenamiento jurídico a todos los ciudadanos de aquellos supuestos en los que se trata de un sacrificio singular que no está obligado a soportar."

En el caso presente no existe motivo para excepcionar las normas citadas y la línea jurisprudencial indicada, por vía de estimación de existencia de la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico 30/92 de 16 de noviembre. Porque no consta en autos que haya habido una actuación desproporcionada, anómala o anormalmente dilatoria por parte de la Administración cuando da lugar a la tramitación de la actividad preventiva. En concreto, cuando el día 28 de junio de 2007 ordena que se valore la posible existencia de restos distintos de los propios del refugio o polvorín, lo hace a la vez que resuelve sobre la necesidad de investigar los restos primeramente encontrados, y en actuación proporcional a la importancia del hallazgo, pues únicamente impone la necesidad legalmente ordenada de valorar la posible presencia de importantes restos en límites del solar que lindan como otro en el que en fechas próximas se habían descubierto restos también de trascendencia. En concreto, la actuación administrativa surge ante la posible presencia de un bien de interés cultural (definido en el artículo 12 e) LPCA) que determina a incoar expediente (artículo 17 LPCA) y a ordenar las catas e intervenciones oportunas (artículo 68 LPCA) con la urgencia necesaria (artículo 71 LPCA).



Por tanto, cuantas actuaciones o retrasos en la promoción a edificar derivan de esta actuación preventiva no cabe imputarlos a la Administración, sino al particular. Como, por demás, ocurrió con toda la actividad preventiva que se desarrolló sobre los restos del polvorín, con aceptación de la parte en este caso.

SEXTO.- En un momento posterior a la actuación preventiva tiene lugar la actividad conservadora. En el caso presente, desde que es presentado informe fechado al día 10 de septiembre de 2007 que recoge la confirmación de aparición de restos de interés arqueológico. A partir de ahí la Administración pudo seguir el procedimiento legalmente previsto, de incoar el expediente de declaración del bien como de interés cultural, que debía acabarlo en el plazo de 18 meses (artículo 18, 19 y 20 LPCA). Al término de tal expediente habría acordado las labores que fueran oportunas para la protección, consolidación o restauración correspondientes (artículo 70 1 .e) y f) de la LPCA), o habría tomado cualquier otra decisión ante el resultado de lo tramitado. Decisión que habría podido ser la de ordenar la ejecución de todo tipo de intervenciones en el solar de que se trata, en cuyo caso habría dado lugar a las indemnizaciones correspondientes al propietario del terreno afectado por la intervención de la Administración (artículo 70.4 LPCA).

Pero en el caso presente no hubo lugar a que terminara el expediente antes de actuar ni, por tanto, a que se tomara decisión alguna al amparo del artículo 70.4 LPCA. Porque en el caso de autos, como alega la Administración Autonómica, no hubo orden de la Administración que exigiera actuar, y no la hubo porque la propia promotora de la edificación en cuyo solar se encontraron los restos se adelantó, voluntariamente, a la posible actuación administrativa. No constan los motivos por los que la propia promotora decidió hacer los trabajos de extracción del material y su traslado. Quizá fuera evitar mayores demoras en la fabricación del edificio, o quizá por prestigiar la nueva edificación con la colocación de los restos en ella, Pero lo que sí consta con claridad, y esto es lo relevante a los efectos que ahora importan, es que fue la demandante la que tomó la iniciativa y voluntariamente, sin orden previa, confeccionó el proyecto de intervención, lo presentó para aportación y lo ejecutó

Así, como se expuso, un día antes de presentar el informe dando cuenta de haber retirado los restos del búnker, presenta un Proyecto de Intervención (PI) sobre los nuevos restos, y solicita su aprobación por la DGPC, todo ello sin reserva, petición o manifestación alguna respecto de que afrontara la Administración los gastos derivados de la intervención que la demandante iba a hacer. Ni en la presentación del PI ni luego, en ningún momento, manifiesta que la actuación la hiciera la Administración ni, mucho menos, expone que su actuación conforme al PI debiera correr a cargo de la Administración. Se limita a presentar el PI. Y, en coherencia con ello, la Administración concreta su actuación únicamente a aprobarlo el 20 de noviembre de 2007 desde un punto de vista técnico, con inclusión de precisiones también técnicas para la mejor conservación de los restos.

Así, en congruencia con la actividad del particular, la Administración, no hizo mención en tal momento sobre quién debía correr con los gastos derivados del PI. Lo que sí recogerá, de modo expreso, en la Resolución de 10 de diciembre de 2007 que autoriza la realización material de los trabajos, pues, ahora sí, establece que "la financiación de la autorización correrá a cargo de Vallehermoso D. P. S. A. U."

Así lo notificó y no existió oposición alguna del promotor, que llevó acabo la ejecución del PI sin reserva alguna respecto de quién afrontaría los gastos.

SÉPTIMO.- En conclusión, por tanto, y tal y como acordó la sentencia apelada, existe razón para desestimar la demanda que fue presentada al amparo de la previsión legal de responsabilidad patrimonial de una u otra Administración demandada. En lo referente a la actuación preventiva desarrollada porque las actuaciones que fueron impuestas y el retraso que supuso el hacerlas fue conforme a las previsiones de los artículos 17, 68 y 71 LPCA. En lo relativo a la actividad de retirada de unos restos y conservación de otros mediante su traslado, porque el propio promotor asumió su práctica, en acto de asunción de gastos que aunque excedía, realmente, y como alega, de las obligaciones propias del dueño del terreno, fue acto propio basado en causa legítima, que no cabe ahora contradecir.

Por tanto, procede la desestimación, del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que, con arreglo a derecho, desestimó la pretensión de la parte demandante.

Siendo improcedente la reclamación formulada, por no corresponder su reconocimiento, resulta irrelevante entrar a determinar qué gastos o perjuicios concretos pudo suponer para la demandante el hallazgo de unos u otros restos arqueológicos, por lo que no cabe resolver sobre lo expuesto en las alegaciones cuarta y quinta del recurso de apelación.

OCTAVO. - Al tiempo de efectuar pronunciamiento sobre costas se considera que el presente caso presenta cuestiones jurídicas complejas, como lo evidencia la existencia de informe obrante en el expediente de conclusión jurídica distinta de las consideraciones valoradas en las dos sentencias dictadas. En consecuencia



con ello, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa, no se hace expresa imposición de las costas causadas.

VISTAS las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación,

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente

FALLO

PRIMERO.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto número **293/13** por la entidad mercantil **VALLEHERMOSO DIVISION PROMOCIÓN, S.A.U.** contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. cuatro de Zaragoza de fecha 30 de julio de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número P.O. 532/09 y acumulado 93/10 confirmando aquella íntegramente.

SEGUNDO.- No se hace especial pronunciamiento en cuanto a costas.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando Audiencia Pública, en el mismo día de su pronunciamiento, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS