



Roj: **STSJ AND 3348/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:3348**

Id Cendoj: **18087330012017100285**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2017**

Nº de Recurso: **16/2017**

Nº de Resolución: **1189/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SEDE GRANADA**

**AUTOS DE RECURSO DE APELACIÓN**

**ROLLO NÚMERO Nº 16/2017**

**JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO nº 1 DE GRANADA**

**SENTENCIA NUM. 1189 DE 2017**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**Don Jesús Rivera Fernández**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

**Don Miguel Pardo Castillo (ponente)**

**Doña Cristina Pérez Piaya Moreno**

En la ciudad de Granada, a veintitrés de mayo de dos mil diecisiete.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se han tramitado los autos del **recurso de apelación número 16/2017**, dimanante de la pieza del incidente en fase de ejecución nº 950.7/2006, seguida ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Granada, a instancia de la **Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía (antigua Consejería de Obras Públicas y Transportes)**, en calidad de apelante y apelada, representada y asistida por el letrado de la Junta de Andalucía; y a instancia de la entidad mercantil **General de Galerías Comerciales, S.A.**, representada por la procuradora Dña. Yolanda Reinoso Mochón y asistida por el letrado D. Joaquín García Bernaldo de Quirós Mochón, asimismo en calidad de apelante y apelada.

La cuantía del recurso es 260.555.259,08 euros.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos de la pieza del incidente en fase de ejecución nº 950.7/2006, seguida ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, que tuvieron por objeto la demanda en reclamación de indemnización presentada por la entidad mercantil General de Galerías Comerciales, S.A., en fecha de 29 de abril de 2015, por la que se solicitó que se: 1) Reconozca que la medida cautelar dictada en el procedimiento ordinario número 950/2006, por la que se suspendió la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Armilla en fecha de 30 de septiembre del año 2005, ha provocado perjuicios económicos a mi representada. 2) Reconozca y declare el derecho de la entidad mercantil General de Galerías Comerciales, S.A., a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos, tanto por daño emergente como por



lucro cesante en la cantidad de 260.555.259,08 euros. 3) Subsidiariamente, que se indemnice a mi mandante, por idénticos conceptos, en la cantidad de 157.148.816,26 euros. 4) Subsidiariamente que se indemnice a mi mandante por daño emergente en la cantidad de 20.133.092,05 euros. 5) Subsidiariamente, que se indemnice a mi mandante por daño emergente en la cantidad de 14.467.834,09 euros. 6) Condene a la Junta de Andalucía al pago de las costas devengadas en el presente procedimiento.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra el auto nº 114/2016, de fecha 13 de julio de 2016, dictado en la pieza del incidente en fase de ejecución nº 950.7/2006, seguida ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Granada, por la que se estimó la pretensión indemnizatoria subsidiaria formulada por la demandante y se condenó a la Junta de Andalucía al abono de la cantidad de 157.418.816,26 euros, en concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante, sin hacer expreso pronunciamiento de condena en costas.

Admitidos a trámite ambos recursos se sustanciaron mediante el traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

**TERCERO.-** Concluida la tramitación de la apelación, el juzgado remitió los autos a este tribunal, cuya fecha de entrada se produjo el día 11 de enero de 2017.

Tras la celebración de una vista celebrada a instancia de la Junta de Andalucía en fecha de 27 de abril de 2017, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

Ha actuado como magistrado ponente el Ilmo. Sr. don Miguel Pardo Castillo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de apelación el auto nº 114/2016, de fecha 13 de julio de 2016, dictado en la pieza del incidente en fase de ejecución nº 950.7/2006, seguida ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, por la que se estimó la pretensión indemnizatoria subsidiaria formulada por la demandante y se condenó a la Junta de Andalucía al abono de la cantidad de 157.418.816,26 euros, en concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante, sin hacer expreso pronunciamiento de condena en costas.

En resumen, el auto impugnado, tras transcribir el artículo 133.3 de la LJCA, razona que «[e]l precepto prevé un incidente específico para la reclamación de los daños que se hubieran podido ocasionar por la adopción de una medida cautelar, si bien los daños de los que se debe responder son todos aquellos que se acredite que son consecuencia directa de las medidas cautelares adoptadas, por lo que conforme a las reglas sobre la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, el promotor del incidente tendrá que acreditar, que efectivamente ha sufrido daño y de otra, que ese daño es imputable a aquella suspensión de forma: directa. [...]

*Antes de entrar en el enjuiciamiento de la petición indemnizatoria que se formula debe tenerse en cuenta el Auto del Tribunal Supremo sección 1º, de 29 de Octubre de 2007, en el que se explicita que los preceptos reseñados, refiriéndose al artículo 133 de la LJCA, demarcan con claridad el ámbito objetivo del procedimiento especial dirigido a hacer efectiva una indemnización con cargo a la caución o garantía, que se trate de perjuicios derivados de la medida cautelar, de modo que solo los probadamente originados por el hecho de haberse acordado y llevado a efecto la medida permite establecer la precisa y exigible relación de causalidad necesaria para acceder a una pretensión indemnizatoria como la ejercitada en este incidente.*

*El presupuesto de la reclamación es, pues, que en el curso del proceso se haya adoptado la medida cautelar y que los daños cuya indemnización se reclaman se hayan ocasionado justamente como consecuencia de esa medida ».*

En cuanto a la valoración del importe de la indemnización, la resolución recurrida realiza las siguientes consideraciones, distinguiendo entre el daño emergente y lucro cesante:

«[P] ara analizar en qué medida los daños reclamados son consecuencia de la medida cautelar y por tanto la existencia de un nexo de causalidad, deben analizarse los actos de la recurrente previos, coetáneos y posteriores a la adopción, mantenimiento y afeamiento de la medida.

1).- Debe partirse en primer lugar de la situación existente desde e(momento de otorgamiento de la licencia de obras- hasta el dictado del auto por el que se acuerda la suspensión de la ejecución de las obras.

*En fecha de 30 de Septiembre de 2005 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Armilla, concede licencia de obras para el proyecto de ejecución de un centro comercial. Hasta la indicada fecha se habían invertido*



13.001,365#13 #, por compra de terreno, escrituras e impuestos, honorarios de Notaría, Registros, entre otros. La licencia fue suspendida en 3 de Noviembre de 2006 por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Armilla a la vista del auto 139/06 recaído en el procedimiento ordinario 950/2006 del presente Juzgado. Con el escrito de oposición a la adopción de la medida cautelar, se adjuntaba un certificado del Director Técnico de la obra en él que se pormenorizada la parte de obra ejecutada, la cual ascendía a un importe de 65.480.000 # a los que se añadía el coste de los materiales acoplados para su colocación que asciende a la cantidad de 20.530.000 E. A la fecha del dictado del auto se argumentaba por la actora que la obra ya realizada había consumido un total de 89.675.000 #. Así mismo acompañaba un informe del Arquitecto Director de la Obra en el que se recogían los daños de imposible reparación que sufriría la obra si quedare paralizada. Examinado el informe del Director de Obras, acompañado como documento número cuatro de los que se acompañan con el escrito de oposición a la pieza de medidas cautelares, resulta que las Obras se encontraban ejecutadas en los porcentajes que en el mismo constan, detallándose por capítulos, algunos de los cuales llevaban el 100% de su ejecución como el relativo a cimentación y otros igualmente se encontraban en estado avanzado, y se indica que la finalización de las obras estaba prevista para un plazo no superior a seis meses.

2) Durante el periodo de suspensión de la licencia de obras, esto es desde el 3 de Noviembre de 2006, hasta el dictado de la sentencia de fondo en segunda instancia 28 de Abril de 2014 .

El Juzgado, a instancia de la parte actora dicta auto de 1 de Diciembre de 2006 en el que autoriza las obras imprescindibles para evitar el riesgo de derrumbe o incendio en la estructura del edificio. Entre ellos se autorizaba a concluir la estructura con soldadura definitiva, cerramiento de todos los paños de fachada del edificio, y conclusión de instalación de protección contra incendios.

3) Levantada la suspensión de las obras, las obras han continuado su ejecución.

Expuestos en síntesis los acontecimientos anteriores y posteriores a la suspensión de la licencia es el momento de determinar la procedencia de los distintos conceptos por los que se reclama, si bien teniendo en cuenta las premisas de las que parte la reparación de los daños en el incidente del artículo 133.3, no son las propias de la responsabilidad patrimonial, y es por ello que el procedimiento seguido es distinto, pues él solicitante de la medida hace uso de un derecho, y por tanto la reparación no deriva objetivamente del hecho exclusivo de la suspensión, pues es necesaria cumplida prueba del nexo entre la suspensión y el daño producido ».

En cuanto lucro cesante, el auto explica que « el actor reclama por el concepto de lucro cesante partiendo de utilizar cuatro centros comerciales de General de Galerías Comerciales, en concreto los centros son: La Cañada en Marbella, Mediterráneo en Almería, Mataró Park, en Mataró, y Gran Plaza en Roquetas de Mar. [...]»

En el presente caso debe tenerse en cuenta que la actividad no estaba en funcionamiento, lo que exige un mayor rigor en la determinación de los criterios sobre los que se sustenta ».

Tras resumir el resultado del informe pericial aportado por la actora, concluye que « debe tenerse en cuenta que si la determinación del lucro cesante plantea dificultades para su acreditación en establecimientos en funcionamiento, más aun cuando estas se sustentan en hipótesis, al no encontrarse iniciada la actividad, pues se podría llegar a obtener una hipótesis de otra.

Ahora bien, la dificultad probatoria, y su interpretación restrictiva, no suponen una negativa a la indemnización del lucro cesante, si bien para que prospere la pretensión deben tenerse en cuenta y examinar detenidamente los criterios que para el cálculo se han empleado.

En primer lugar, y alterando el orden de las cuestiones planteadas, con relación al lucro cesante reclamado por la no apertura de superficies, la pretensión del actor se basa en un contrato suscrito por la misma con la Leroy Merlin SA en el que se establecía una renta variable y una renta fija. Dado que se basa únicamente en la fija, el perjuicio por lucro cesante es fácilmente determinable sin que pueda considerarse en este caso una conjetura o hipótesis.

En relación al lucro cesante por la no percepción de rentas de alquiler de locales comerciales, y por stands, debe tenerse en cuenta que la parte actora de este incidente inició unas obras para la construcción de un centro comercial para las que se le concedió licencia de obras, por lo que la paralización de las mismas ha causado un perjuicio económico, ahora bien, la dificultad se centra en cuantificar el mismo. El recurrente aporta informe pericial de la entidad Rending Consulting Forensic, el cual no ha sido desvirtuada por prueba en contrario. Debe tenerse en cuenta que la Administración no ha comparecido en el acto de la vista, solicitando la práctica de prueba mediante la que se desvirtúe la practicada a instancia de la parte actora, por lo que el único informe pericial que se ha de valorar es el presentado por la parte actora. Así mismo, debe tenerse en cuenta, que para determinar si ha existido o no lucro cesante, es valorable la actuación del peticionario antes, durante la suspensión de las obras y tras el levantamiento de la medida cautelar, pues corista acreditado que la obra se estaba ejecutando, que la previsión para su terminación era aproximadamente: seis meses, según consta en la



pieza de medidas y en el informe pericial! en el que se indica que la fecha de apertura se produciría en Octubre de 2007. Consta así mismo que la empresa "General de Galerías Comerciales SA" es una sociedad dedicada a la promoción y explotación de grandes centros comerciales ».

Finalmente, tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre el "lucro cesante" concluye « A la luz de lo expuesto, la indemnización por daños y perjuicios ha de abarcar el lucro cesante, toda vez que el decurso de los actos realizados por la solicitante, unido al hecho mismo de su objeto social conllevan a comprender en el concepto indemnizatorio al lucro cesante.

En relación a la cuantía que se reclama se fijan varias cifras en el informe, pericial utilizando diversas variantes y en el suplico de la demanda se reclaman igualmente diversas cantidades. Dado que en este caso, nos movemos en hipótesis, de difícil cálculo, se va a optar por el importe mínimo calculado en el informe pericial y que se corresponde con la petición subsidiaria de la parte actora, pues ha de partirse de la dificultad probatoria y del hecho de que la petición principal parte del criterio del mes de Octubre de 2011, en el que como puede verse por la comparativa con otros, como el criterio del año de apertura, los porcentajes de tasa de ocupación son muy elevados, por lo que teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta y dado que en todo caso ha de evitarse un enriquecimiento injusto, en supuestos como en el presente, en el que la actividad no se había iniciado, y se parte de criterios procedentes de centros comerciales ubicados en otras localidades, resulta más ajustado partir de la menor de las cifras de las distintas posibilidades previstas en el informe de la parte actora, por lo que se cuantifica incluyendo los tres conceptos, relativos a la no percepción de rentas de alquiler de locales, por los stands móviles, y por la no recepción de las rentas a consecuencia de la instalación de un centro de bricolaje Leroy Merlín, en la cantidad de 142.950.982,17. Siendo esta la petición tercera que se formula si se resta de la misma el importe de 14.467.834,09 € ».

**SEGUNDO.-** Se alza en apelación la Administración autonómica y solicita que se anule el auto recurrido, « dejándolo sin valor ni efecto, por la estimación de los defectos procesales invocados, por su orden, y, subsidiariamente, y en todo caso, declare la absoluta inexistencia de los daños y perjuicios indemnizables así como la inexistencia de relación de causalidad entre los eventuales daños y perjuicios y la medida cautelar, y, más subsidiariamente, declare que en el hipotético caso de que existan daños indemnizables sólo serían admisibles los que referimos en el último fundamento de este escrito siempre que estén debidamente acreditados ».

Apoya su pretensión sobre la base de la siguiente consideraciones, que pasamos a exponer de forma resumida:

El procedimiento seguido por la entidad mercantil demandante no es el idóneo para el supuesto que nos ocupa, toda vez que es evidente la complejidad tanto del análisis de la propia existencia del daño como su vinculación con la adopción de la medida cautelar. De esta forma, es claro que se supera holgadamente el estrecho margen resarcitorio que se contempla en el artículo 133.3 de la LJCA .

La falta de idoneidad del procedimiento se desprende de tres consideraciones: en primer lugar, de la lectura del artículo 133.3 de la ley de la LJCA se desprende que se conecta la indemnización no sólo con los posibles daños que se generasen estrictamente con la medida cautelar sino además con la garantía que se haya prestado en tal incidente. Esto es, de la propia norma aplicada se colige que es la garantía la que responde de la posible indemnización que se solicite por este cauce, por lo que, tanto si no se exige como si la prestada resulta notoriamente inferior a lo reclamado, es patente que no procede la vía del artículo 133 en su párrafo tercero. En segundo lugar, desde un punto de vista material, el incidente previsto en el artículo 133 no puede sustanciar pretensiones de una cuantía económica y material mayor que el litigio principal. En tercer lugar, desde la óptica del incidente del citado artículo, se conculca el espíritu de la norma puesto que ésta pretende salvaguardar los daños que eventualmente se produzcan y que deriven directamente de la medida cautelar, pero no los eventuales perjuicios de un proceso de edificación complejo que dura más de 10 años y que no están vinculados con la paralización de la licencia de obras.

Se ha infringido el artículo 7.1 de la LJCA , pues el marco procesal escogido para ventilar, como si de un incidente se tratara, la pretensión indemnizatoria deducida, lesiona las garantías que establece el ordenamiento jurídico cuando interviene una Administración pública. Las normas procesales que entienden de aplicación el órgano de instancia suponen una mutación del procedimiento contencioso al procedimiento civil que no es propio del ámbito en el que nos encontramos, y, además, conlleva una pérdida de garantías de la Administración que contraviene los principios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, en este caso se ha producido esa lesión por la falta de reclamación previa y la desigualdad de las partes en los plazos que se le han conferido. Al permitir utilizar este cauce incidental, la Administración queda indefensa sin poder analizar la correspondiente reclamación administrativa previa y ha de responder mediante escrito en 10 días, lo que se trata de un plazo muy perentorio que genera un evidente desequilibrio cuando el demandante ha tenido un año para preparar la reclamación, que versa sobre nueve años de un complejo proceso edificatorio.





Se ha aplicado indebidamente el instituto de la rebeldía, pues se han infringido los artículos 442.2 de la LEC en relación con el artículo 715 del mismo cuerpo legal y del artículo 133 de la LJCA . Cualquiera que sea el tratamiento procesal que el auto recurrido decidiera otorgar a la falta de asistencia en plazo a la vista celebrada el 6 de junio del año 2016, no puede desconocerse que la Administración presentó un escrito procesal motivado y fundamentado, en el que negaba los hechos y alegó los fundamentos de derecho que consideró aplicables. Ese escrito, conforme al criterio de la Administración, se obvia por completo en el auto impugnado. La apelante deduce que de esa falta de asistencia en plazo se ha producido la declaración implícita de la situación procesal de rebeldía a la que se refiere el artículo 442.2 de la LEC . La oposición a la demanda de daños, presentada el 15 de septiembre del año 2015, hace imposible la declaración en rebeldía, para el hipotético caso de que esa figura tuviese cabida en el proceso contencioso-administrativo. La falta de comparecencia del demandado, aun sin haber contestado por escrito, tan sólo supone la continuación de la vista sin su presencia, y, en todo caso, tan trascendental efecto debió advertirse en la citación para la vista a fin de no causar una indefensión irreparable a esta parte. El auto reconoce que la Administración se opuso a las pretensiones del actor pero, de forma incoherente, no existe reflejo alguno de esta posición en la resolución que resuelve el incidente. La eficacia de las alegaciones de la Administración autonómica presentadas por escrito a petición del juzgador, no pueden condicionarse por la falta de ratificación del escrito, tal como se deduce del último párrafo del citado hecho segundo del auto objeto de impugnación. No hay precepto en la LJCA que establezca tal consecuencia jurídica. En definitiva, la resolución judicial, alega la demandada, ignoró el escrito y los motivos en él contenidos, lo que le ha generado a la Administración recurrente una gran indefensión, con infracción de lo previsto en el artículo 24 de la CE .

En las vistas no se acuerda sobre la admisión y práctica de las pruebas documentales o periciales de parte aportadas con el escrito alegaciones, pues nunca pueden ser inadmitidas, habida cuenta que no están sometidas al pronunciamiento sobre su pertinencia y utilidad previsto en el artículo 283 de la LEC . Por lo tanto, la vista celebrada sólo podría tener efecto sobre la propuesta y práctica de las pruebas que fueran diferentes a la documental aportada con el escrito de alegaciones de la apelante y al dictamen pericial de parte aportado en esos documentos de septiembre y octubre de 2015. Como ninguno de ellos fue cuestionado por la parte demandante, de conformidad con el artículo 427 de la LEC , esas pruebas debieron ser tenidas en cuenta y valoradas debidamente por la juzgadora de instancia. Aun negando que pueda transformarse este incidente en un simple juicio verbal, el artículo 443 de la LEC obliga al juzgador a pronunciarse sobre las pruebas propuestas, y el juzgado también infringió este precepto, de ser aplicable. Como corolario, la prueba consistente en amplia documental y pericial propuesta por la Junta de Andalucía, fue debidamente inadmitida, por lo que procede que se practique en segunda instancia al amparo del artículo 85.2 de la LJCA .

El auto carece de la necesaria motivación, con infracción del artículo 218.2 de la LEC y del artículo 24 de la CE . Existe contradicción interna del auto pues se pronuncia escuetamente en el razonamiento jurídico tercero en el sentido de que la reparación no deriva objetivamente del hecho exclusivo de la suspensión. A la vista de tal razonamiento, se constata que el propio juzgador admite que la reparación no deriva de forma directa de la suspensión. Ello supone una contradicción con el hecho de que se considere procedente el cauce del artículo 133 de la LJCA en lugar de la vía de la responsabilidad patrimonial, ya que el cauce procedimental aplicado se encuentra limitado a la reparación de los daños que se derivan de forma directa y exclusiva de la medida cautelar adoptada. Otro tanto sucede con la contradicción en la motivación relativa a la indemnización por el concepto de lucro cesante, lo que se refleja en el razonamiento jurídico quinto por el que se procede a conceder una ingente cantidad a pesar de que el propio auto pone de relieve la jurisprudencia relativa al carácter riguroso y restrictivo con el que debe aplicarse este concepto, y, además, admite que la actividad no estaba en funcionamiento. La contradicción interna del auto en este punto también es patente pues, si el mismo indica que la jurisprudencia obliga a aplicar este criterio de forma restrictiva, no se alcanza a comprender que se conceda una indemnización por este concepto cuando la propia resolución advierte repetidamente que estamos en el plano de las hipótesis, lo que excluye que se haya otorgado la indemnización por unos ingresos ciertos, concretos y acreditados.

El auto no identifica cuáles son, a su juicio, los hechos probados. Así, en relación con el cálculo de lucro cesante no se determina el día de inicio y el día final del cómputo pese a tratarse de fechas fundamentales para la fijación de la indemnización. Además, de forma evidente, las fechas que utiliza el razonamiento jurídico tercero son contradictorias con las que utiliza el informe pericial. Corresponde al actor probar los hechos y al juzgador identificar y razonar qué hechos considera acreditados y cuáles no para fundamentar su decisión. De no ser así, genera una indefensión evidente al demandado. Asimismo, no existe un razonamiento sobre los datos que conducen al juzgador a determinados resultados. Por ejemplo, en relación con el coste de oportunidad, el juzgador cambia, sin justificación alguna, la tipología del daño que reclama el actor -que era el deterioro del dinero invertido-, y pese a ello, no señala cuáles son las razones para entender acreditado el concepto, ni por qué considera que debe utilizarse el parámetro en cuestión para fijar la cuantía en 11.478.732,22 euros. Por



otra parte, la resolución judicial obvia elementos esenciales como es la sentencia del TSJA de septiembre de 2007, que ratificó la medida cautelar; o el excesivamente escueto análisis de los ocho años transcurridos desde 2006 a 2014, donde, pese al enunciado del razonamiento, no se analizan los actos de la entidad mercantil. A juicio de la Administración apelante, resulta muy relevante que el auto se refiera en el razonamiento jurídico segundo al auto de paralización de las obras dictado por el Juzgado de Instrucción número 6 de Granada, que se incorpora a las actuaciones, y no haga, posteriormente, un mínimo análisis sobre su incidencia en la realidad del proceso de edificación.

No está suficientemente motivada la concreción del material probatorio utilizado, pues de forma arbitraria hace uso de material documental del incidente y de la pieza, y desplaza todos los documentos presentados por la Administración. Señala el apelante que desconoce de dónde extrae el auto determinados datos. Además, de forma paralela, la resolución impugnada trasciende de la denominada prueba del incidente a los documentos de la pieza de medidas cautelares, arrinconando y desplazando todos los documentos que sostienen la posición procesal de la apelante. En este contexto, la falta de motivación afecta a la virtualidad de su recurso, pues si no se conoce cómo se ha razonado, la argumentación en una segunda instancia de la demandada no puede afinar la crítica, ni rebatir una inexistente fundamentación del auto.

El auto incurre en vicio de incongruencia omisiva en relación con las pretensiones deducidas por la administración autonómica, lo que infringe el artículo 218.1 de la LEC . Señala el apelante que se opuso de forma contradictoria a lo pretendido por la actora y estas alegaciones no han sido objeto de consideración, lo que pone de manifiesto la incongruencia omisiva en que incurre el auto, y la infracción de la regla que consigna el precepto invocado al disponer que las resoluciones judiciales serán claras, precisas y congruentes con las pretensiones de las partes. Por consiguiente, no efectuar ninguna consideración sobre los hechos y fundamentos de derecho esgrimidos por la demandada, supone una grave lesión de la tutela judicial efectiva, lo que justifica la nulidad de pleno derecho del auto.

En relación con las alegaciones sobre cuestiones sustantivas, la demandada aduce en primer lugar que se infringido el artículo 133.3 de la LJCA , en cuanto a la falta de prueba del daño con infracción del artículo 217 de la LEC , relativo a la carga de la prueba. El juzgador considera acreditada la existencia de los daños sobre la única y exclusiva base del informe pericial aportado por la promotora del incidente, lo que supone obviar el deber o carga que sobre la misma pesa de acreditar la realidad del daño. Argumenta que no se trata de cuestionar la valoración de la prueba, pero sí de evidenciar la infracción de las normas que la regulan, lo que ha conducido al auto impugnado a unas conclusiones ilógicas e irracionales.

Respecto del daño emergente, son tres los conceptos que analiza el auto. En primer lugar, en cuanto al deterioro del dinero invertido, de manera injustificada cambia la catalogación del concepto que se reclama del "deterioro del dinero invertido" a "coste de oportunidad", sobre el que la resolución recurrida no introduce razón o motivo que justifique el abono de este nuevo concepto que no aparecía en la demanda, y, además, dentro de los distintos escenarios del escrito de la actora el auto escoge uno concreto sin justificar la razón por la que considera que es el cálculo más adecuado. El concepto de coste de oportunidad del dinero se ciñe temporalmente a la fase anterior a la paralización de la obra, donde el empresario podía optar por invertir en la promoción o utilizar otras vías de rendimiento del capital. Voluntariamente, el empresario decidió invertir esas cantidades que a la postre se transformaron en la obra, y que, después, se paralizaron por diversas incidencias. Carece de toda lógica indemnizar por una decisión libre del empresario que optó por una forma concreta de inversión si, nueve años después, se acredita que era posible haber tenido otras formas de rendimiento. Señala la apelante que son meras hipótesis o conjeturas que se hacen respecto a decisiones muy anteriores a la medida cautelar. Desde un punto de vista conceptual es incompatible indemnizar simultáneamente durante el mismo periodo por esas dos magnitudes: deterioro del dinero invertido y lucro cesante que podría haberse obtenido, ya que este último sería la retribución ordinaria de aquél. De esta manera, de forma injustificada, la Administración estaría abonando durante un mismo periodo dos conceptos que son incoherentes. Ello supone una indemnización injustificada que genera un enriquecimiento injusto evidente.

En lo referente al daño emergente por vigilancia y seguridad, la demandada considera que el auto yerra porque el informe pericial señala que fueron dos personas inicialmente pero, añade que, sin indicar el motivo, posteriormente se aumentó a tres trabajadores. Sólo el informe pericial aportado por la demandante se refiere en el anexo de su informe a un resumen de nómina de determinadas personas, pero que se halla a nombre de una empresa constructora. En ningún momento existe prueba documental que acredite el pago de salarios para vigilar las obras del Parque Comercial Nevada.

En cuanto al daño emergente por indemnización a Leroy Merlín, el auto obvia que no existió indemnización sino compensación en las relaciones comerciales de la entidad recurrente y Leroy Merlín. Además, tal documento sería en todo caso un documento privado que sólo hace prueba en perjuicio de tercero desde la fecha que se incorporado a un registro público de conformidad con el artículo 1227 del CC . Finalmente, aduce que hay que



destacar en cuanto las tres partidas que integran el concepto que estamos analizando que el demandante no ha presentado ningún documento oficial, contable o financiero que acredite los perjuicios que ha sufrido. En particular no se aporta el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias de estos años debidamente depositada en el Registro Mercantil, las declaraciones del impuesto de sociedades de los años correlativos en los que solicita la indemnización, o documentación bancaria alguna que acredite, mínimamente, los pagos que invoca. Si el juzgador hubiera aplicado de forma debida las reglas que rigen la prueba, y en particular el artículo 217 de la LEC, sostiene que no habría debido conceder indemnización alguna por este concepto.

En lo que concierne al lucro cesante, el razonamiento jurídico quinto del auto recurrido señala que el demandante utiliza para determinar el lucro cesante cuatro centros comerciales, y tras citar algunos pronunciamientos judiciales, resalta que « *en el presente caso debe tenerse en cuenta que la actividad no estaba en funcionamiento, lo exige un mayor rigor en la determinación de los criterios sobre los que se sustenta* ». La metodología genera escenarios radicalmente opuestos, con magnitudes muy diferentes que combinan factores de localización geográfica de los centros comerciales y superficies muy diferentes, y añade que exigían una concreción rigurosa y precisa en la resolución judicial. Además, sostiene la apelante que resulta contradictorio el método que emplea el informe pericial para determinar la ganancia dejada de percibir si no se analizan los gastos en el mismo dictamen.

A continuación el apelante analiza el concepto de lucro cesante siguiendo la propia estructura del auto conforme a las siguientes consideraciones: en primer lugar, en relación con la pretensión relativa a la ganancia dejada de percibir respecto de Leroy Merlín por la no apertura de superficies, la resolución ni motiva ni justifica por qué la renta fija es un método más riguroso, entre los distintos que ofrece el informe, así como por qué existe conexión entre la medida cautelar y el supuesto beneficio dejado de percibir de una actividad no iniciada. Pero, sobre todo, argumenta la apelante que la resolución recurrida no señala qué prueba permite estimar esa cantidad ya que, el contrato suscrito no es una prueba documental que esté incorporada a los autos, sino una referencia en el contenido del informe pericial de parte. Para la determinación de lucro cesante por la no recepción de las rentas de alquiler y stands, se basa en el informe de parte al entender que es el único que existe ante la falta de prueba de contrario. La demandada considera que este razonamiento conlleva una singular interpretación de las normas procesales sobre valoración de la prueba, pues abocaría siempre a la automática admisión de contenido de cualquier informe pericial que no tuviera otro de contraste, prescindiendo del preceptivo examen de su rigurosidad y acierto, tal y como exige la sana crítica para que este medio de prueba sustente la decisión del juzgador. A juicio de la Administración, según la LEC corresponde a la recurrente justificar el rigor y la realidad de sus daños. Una justificación que se llevó a cabo en una vista de cinco minutos y 41 segundos, por lo que difícilmente se ha indagado en la solidez del informe de parte sobre lucro cesante, habida cuenta que lo extrae de forma singular, sin análisis de documentos originales, y, además, sin determinación de los gastos de la actividad. Asumiendo el hecho de la no comparecencia a tiempo, lo cierto es que la inasistencia no puede suponer una inversión de la carga probatoria ni puede servir de argumento para justificar la realidad o rigor del informe pericial que se valora.

Añade el apelante que, según el juzgador, para determinar si hay lucro cesante debe analizarse la actuación del peticionario antes, durante y después de la medida cautelar, y señala que "consta acreditado que la obra se estaba ejecutando, que su previsión para su terminación era aproximadamente seis meses, según consta en la pieza de medidas y en el informe pericial en el que se indica que la fecha apertura se produciría en octubre de 2007". Sobre este extremo, la Administración señala que la realidad lo ha desvirtuado contundentemente, pues el auto fija un hecho como cierto y fundamental: el de la eventual apertura de centro comercial en octubre de 2007 aproximadamente. No se concreta qué prueba permite anudar una consecuencia de tanta trascendencia. Además, se refiere a momentos temporales distintos y contradictorios: seis meses después de la suspensión sería junio de 2007, mientras el informe pericial de parte señala como punto de partida el mes de octubre de 2007. Profundizando sobre este razonamiento, no consta en las actuaciones la certificación final de obra, licencia de apertura municipal, así como multitud de trámites para que el centro estuviera en régimen de explotación. En consecuencia, considera la apelante que la premisa de la apertura en octubre de 2007 no está probada y es una mera hipótesis o conjetura sin base alguna. Una hipótesis, además, según sostiene la Administración, totalmente incierta, ya que el auto del juzgado de instrucción ordenó la efectiva paralización de las obras, con lo cual sin la medida cautelar acordada en el orden contencioso-administrativo es indudable que nunca se hubiera abierto el centro en el año 2007.

La Administración añade que el auto impugnado no concreta qué relación de actos permiten tener acreditado el nexo causal con la paralización de las obras. La resolución apelada, a juicio de la demandada, de forma artificial e infundada, anuda un decurso de actos del solicitante a su objeto social para incluir el concepto de lucro cesante en la indemnización que reclama el actor. Esta fundamentación carece de la necesaria solidez para considerar que debe abonarse el lucro cesante reconocido por el auto.



Respecto de la cuantía de lucro cesante, el auto fija el importe de lucro cesante que se desarrolla en el informe pericial con una parca motivación, sin precisar por qué estima el escenario escogido como más realista. Nada dice de la discordancia de metros comerciales entre los centros que sirven de parámetro, y nada critica sobre la metodología que se utiliza para elaborar el informe. En definitiva, el auto fija la indemnización con una fundamentación inexistente y con un temerario desprecio hacia las magnitudes económicas que son objeto de análisis.

El juzgador obvia hechos relevantes y acepta la alegación de la promotora, sin la más mínima crítica, de que la fecha de apertura podría producirse en octubre del año 2007. A continuación, la demandada analiza los diversos hechos relevantes, a su juicio, con incidencia en el proceso edificatorio y que han sido eludidos por la resolución recurrida. En primer lugar, es preciso valorar la suspensión de la licencia acordada por el Ayuntamiento de Armilla como consecuencia de la ocupación de zonas verdes y de equipamientos públicos a través del decreto de la alcaldía número 1661/2006, de 28 de julio. Por parte del arquitecto municipal se giró visita de reconocimiento a las obras y se constató que se habían ocupado suelos calificados como zona verde y equipamiento público. En segundo lugar, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada dictó sentencia en fecha de 12 de julio del año 2010, por la que se condenó al promotor del centro comercial, y mediante sentencia de la AP de Granada de fecha 28 de julio se elevaron las penas tanto para el promotor del centro comercial como para el alcalde y el concejal de urbanismo de Armilla, lo que confirmó la perpetración de un delito contra la ordenación del territorio y otro de prevaricación urbanística. Además, se acordó la demolición de 1000 m<sup>2</sup> que ocupaba el denominado Camino Viejo de Alhendín. Esta medida se sumaba a la ya acordada por el juzgado de lo penal, por la que se ordenó la demolición de la parte de la construcción del centro comercial Nevada que invade el suelo destinado a zonas verdes en la parte suroeste del sector del Plan Parcial B, o sufragar los gastos de demolición, caso de que haya de encargarse la administración competente, obligación de la que responderá con carácter subsidiario la sociedad demandante. En fase de adecuación a las sentencias penales, a primeros de mayo del año 2013 se concedió licencia por parte del Ayuntamiento Armilla para proceder a esa demolición: por una parte, las demoliciones obligatorias para dar cumplimiento a la sentencia del Juzgado de lo Penal, que declaró ilegales 1457 m<sup>2</sup>; y en segundo lugar, la promotora llevó a cabo una demoliciones "voluntarias" sobre una superficie de 2589 m<sup>2</sup> que fueron acordadas en su día con el propio Ayuntamiento Armilla para mejorar la integración del edificio en su entorno.

La actuación penal no permitió que las actividades encaminadas a la finalización de la obra se iniciaran al menos hasta finales del verano de 2013. Indica la demandada que no basta con la obtención de la licencia de obra para la puesta en funcionamiento del centro comercial, pues todo constructor debe ajustarse a las condiciones de la licencia, y, por ello, la legislación urbanística establece un control sobre este aspecto con las llamadas licencias de primera ocupación. En este caso, no se ha acreditado que en aquel momento de octubre del año 2007, que es el fijado por el auto como fecha de inicio de la actividad lucrativa, se pudiera obtener esta licencia. Mantiene la apelante que aún hoy no se ha acreditado por la promotora del incidente que se esté en posesión de la citada licencia. La razón se encuentra en que para la obtención de la licencia es necesaria la realización de los siguientes pasos: licencia de edificación y actividad, certificación final de obra y licencia de utilización. En conclusión, alega que es manifiesta la infracción del artículo 133 de la LJCA en relación con el artículo 217 de la LEC, por cuanto el auto recurrido ha tenido por cierto un hecho esencial a la hora de valorar cualquier eventual lucro cesante, el *dies a quo* para su cálculo, sobre la exclusiva base de una mera hipótesis contenida y valorada en un informe que da por hecho que la actividad hubiera podido iniciarse en el año 2007, cuando por la normativa aplicable y las vicisitudes concurrentes, tal conclusión resulta imposible jurídicamente, irrazonable e ilógica, pues contraviene la normativa urbanística que resulta de aplicación.

En relación con el nexo causal, igualmente el auto recurrido infringe el artículo 133 de la LJCA. En su fundamentación el auto diferencia tres aspectos: por un lado, analiza el periodo que transcurre desde el otorgamiento de la licencia hasta su suspensión en fecha de 3 de noviembre del año 2006, momento en el que queda sin efecto a través del acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento Armilla, tras el dictado del auto de 31 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Granada. La fundamentación de lo acontecido se ciñe únicamente a documentación de la recurrente que se aportó en la pieza de medidas cautelares, y no atendiendo a ningún documento o medio probatorio practicado en el incidente, que finaliza con el auto de 13 de julio de 2016. En segundo lugar, en relación con el periodo de suspensión de la licencia de obras, que abarca desde el 3 de noviembre de 2006 hasta el 28 de abril de 2014, la resolución objeto el presente recurso no analiza ninguno de los actos realizados por la demandante. La nula fundamentación de los actos de la demandante durante ocho años contrasta radicalmente con los documentos que obran en la pieza de medidas cautelares. Todos estos documentos revelan que no existió una verdadera paralización del proceso de edificación, tal y como se recoge en el ramo de aseguramiento y ejecución de la medida cautelar. Además, deben considerarse los documentos que acreditan que existió una demolición por la condena penal firme y la necesaria ordenación urbanística de la zona y que fue aportada en los autos principales. Se infringe,





así, el artículo 319 de la LEC relativo a la fuerza probatoria de los documentos públicos, cuya existencia ha sido obviada por la resolución impugnada. Y en tercer lugar, el auto indica que una vez levantada la suspensión de las obras éstas han continuado su ejecución, una afirmación que no se sostiene en ningún elemento probatorio, según la Administración autonómica, y que implica admitir que, a día 13 de julio de 2016, esto es, dos años y tres meses después del levantamiento de la medida cautelar, el centro comercial aún no está abierto. De manera que tras 27 meses del levantamiento de la medida cautelar siguen las obras en el proceso de construcción y el centro comercial no está generando ganancias.

El apelante reitera que el auto no ha tenido en cuenta: la paralización acordada en el procedimiento penal en fecha de 26 de abril de 2007, el hecho de que pese a la citada suspensión de las obras éstas continuaron, las diversas condenas por sentencias penales firmes, que la mercantil nunca solicitó el levantamiento de la medida cautelar -lo que supone una contravención, a su juicio, de los actos propios- y que el retraso en la resolución definitiva del recurso es fundamentalmente responsabilidad de la extraordinaria dilación en la finalización del procedimiento judicial, tanto en primera como en segunda instancia.

Finalmente, con carácter subsidiario se censura la valoración de los daños y perjuicios por considerarla irracional e ilógica. Indica la demandada que los daños son meros "sueños de fortuna" porque no están mínimamente acreditados habida cuenta que: no se han tenido en cuenta los gastos a la hora de calcular el lucro cesante; se han extrapolado datos de otros centros, lo que, conforme al criterio de la demandada, hiere a cualquier razonamiento que se determine un hipotético rendimiento suponiendo el mismo ingreso de centros cuyo tamaño es completamente distinto; no se ha tenido cuenta que en el centro comercial sólo están autorizados 60.000 metros cuadrados según el informe comercial que obra en autos; la simulación utiliza ámbitos geográficos con poder adquisitivo muy diferente, ya que, por ejemplo, asume los beneficios obtenidos en el centro comercial Las Cañadas sito en la localidad de Marbella; y, finalmente, el informe no valora la apertura de otros centros comerciales en la ciudad de Granada durante el periodo de 2006 a 2014. En todo caso, y para el supuesto de que se rechazasen los anteriores argumentos, sólo procedería indemnizar aquellos gastos en que la demandante hubiera incurrido para la conservación del construido hasta la fecha de levantamiento de la medida, teniendo cuenta que tampoco podrían indemnizarse los gastos relativos a aquella parte del edificio que hayan sido objeto de demolición o que, no habiéndolo sido, no resulten legalizables.

**TERCERO.-** La entidad mercantil General de Galerías Comerciales, S.A. se opuso al recurso de apelación interpuesto por la Administración autonómica, y, en síntesis, alegó los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Señala la entidad mercantil que cuestionar en este momento la falta de adecuación del procedimiento, cuando en ningún momento se combatió en primera instancia, denota la mala fe procesal respecto de la actuación del juzgado. Cita diversas sentencias en las que se analiza el alcance del artículo 133 de la LJCA, e indica que el juzgado tramitó correctamente la cuestión incidental, con el consentimiento de la ahora apelante. Respecto de la falta de competencia del juzgado, señala que las alegaciones de la demandada pudieran ser válidas de cara a una futura reforma de la ley, pero que no pueden ser de aplicación al caso presente. En relación con la aportación de la prueba pericial, no es cierto que la juzgadora no se pronunciara sobre la misma pues del análisis de la grabación de la vista, se desprende que la prueba fue expresamente admitida. Ha sido la propia conducta procesal de la apelante la que ha originado que la juzgadora sólo tuviera una prueba pericial aportada, admitida y ratificada en el acto de la vista, que es la que ha servido de motivación al auto para estimar la pretensión formulada en la demanda.

No es cierto que el auto sea contradictorio en su motivación interna, pues claramente se desprende que la resolución recurrida quiere afirmar que la indemnización deriva de la mera existencia de la suspensión, independientemente de que ésta fuera debida o indebida. En relación con la falta de motivación de los hechos probados, señala la entidad mercantil que la demandada podrá mostrar su discrepancia con la valoración de la prueba, pero no invocar la falta de motivación de los hechos probados, cuando, de forma reiterada en el auto, se acude a la prueba pericial de la actora parte para justificar su decisión. Asimismo, sobre la pretendida falta de motivación de razonamiento jurídico, la apelante exige un rigor en la redacción que no es indicativo de ningún defecto de motivación. La motivación del auto respecto al razonamiento jurídico de la procedencia de la indemnización es suficiente, aunque a la apelante le resulte parca, según el criterio de la actora. Cuestión distinta es su corrección jurídica, pero no se puede confundir discrepancia con ausencia de motivación. Finalmente, respecto de la falta de probanza del material probatorio y la supuesta arbitrariedad, insiste la sociedad demandante en que todo el material fáctico utilizado es el único resultante de la fase de proposición y práctica de prueba.

En lo concerniente a la incongruencia omisiva del auto, la apelante confunde incongruencia, en sentido estricto, con un pretendido derecho a que las resoluciones jurisdiccionales contesten todos los argumentos vertidos



en los escritos de las partes. La incongruencia, como es notorio, se refiere a la omisión de un pronunciamiento concreto y sobre un pedimento concreto. Se invoca la STC 1442007, entre otras.

En cuanto a las alegaciones sobre las cuestiones sustantivas, todo el razonamiento del apelante censura la valoración de la prueba pericial aportada por la demandante, pero sin embargo el título del texto versa sobre la infracción de la carga de la prueba por parte de la sociedad. A juicio de la actora, concurre un intento por parte del apelante de traer al recurso de apelación su inadmitida prueba pericial. Las consecuencias del abuso de este derecho procesal debe ser el rechazo a la práctica en segunda instancia de la prueba pericial aportada por la demandada. Toda la argumentación con la que la demandada pretende combatir el resultado del informe pericial de parte forma parte del informe pericial expresamente rechazado por la juzgadora, lo que no resulta conforme a la buena fe procesal.

Respecto del coste de oportunidad, el daño emergente queda configurado como la lesión que ha sufrido la sociedad al no haber invertido la ingente cantidad de dinero en otro producto financiero, de nulo riesgo económico, y que hubiera aportado unas mínimas ganancias. Ésa es la lógica que tiene el informe pericial aportado y asumido por el auto, y esa es la lógica que reconoce, con total acierto, el auto recurrido, a juicio de la entidad mercantil. En cuanto a las otras cuestiones que se censuran, más como incorrecta valoración de la prueba que como falta de acreditación del daño, se remite la sociedad al informe pericial, del que señala que es el único existente en los autos y, por lo tanto, la única prueba en el proceso a los efectos de su resolución. A continuación, la entidad mercantil señala, en síntesis, que todas las pretendidas incorrecciones valorativas del auto quedan suficientemente acreditadas conforme a los documentos obrantes en los autos y en el informe pericial aportado por la misma. En lo que concierne a la falta de presentación de documento oficial, indica que el Registro Mercantil es un registro público al que la demandada pudo acudir en cualquier momento para combatir el resultado del informe pericial. Igualmente considera en relación con la falta de presentación de las declaraciones del impuesto sobre sociedades de los años correlativos en los que se solicita la indemnización.

En cuanto a la falta de prueba del daño, con infracción del artículo 217 de la LEC, señala la entidad mercantil que la extensa argumentación del apelante se puede resumir en una sola línea argumental: la demandante no ha probado la existencia de lucro cesante, y que el juzgado sólo se basa en la prueba pericial de la demandante. Reitera que no se admitió la pretendida prueba pericial de la demandada, y tampoco se formularon aclaraciones al perito por parte de la Administración para que, en su caso, se demostrara la incorrección de su pericia.

Los cálculos se basan en datos reales de ingresos de diferentes centros comerciales, y no en hipotéticas esperanzas de ingresos. El argumento utilizado por la demandada, argumenta la actora, es insuficiente para enervar las conclusiones del auto recurrido, y, en caso de admitirse, conllevarían que nunca sería posible cuantificar el lucro cesante. En relación con la fecha apertura del centro comercial, la sociedad discrepa del relato de hechos aportado por la Administración en su escrito. La suspensión de la licencia municipal se produjo exclusivamente por petición de la Administración autonómica, y no es cierto que el promotor del centro comercial desobedeciera la orden de paralización. Los daños y perjuicios que se han indemnizado por el auto son los provocados por la indebida petición de suspensión de la licencia, utilizando un proceso de revisión de oficio por parte de la Junta de Andalucía que ha sido expresamente rechazado de manera definitiva y firme por la jurisdicción. La jurisdicción penal tiene y ha tenido en este caso una actuación meramente accesoria respecto de la legalidad de la licencia para construir el centro comercial.

En relación con la fecha apertura posible del centro comercial contemplada por el auto, el argumento de la apelante, según el criterio de la sociedad mercantil, carece de toda seriedad, pues no se puede causar un daño paralizando una obra y luego pretender que no hay que indemnizarlo, porque la obra paralizada durante tanto tiempo no se ha podido aún terminar, aunque pronto se terminará e inaugurará. También se cuestiona la adecuación del proyecto a la normativa urbanizada que es de aplicación, pero, según la actora, oculta la Administración que el 15 de julio de 2015 la Sala Tercera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la sociedad contra el acuerdo de la Consejería que había desaprobado la revisión del PGOU de Armilla, y, a juicio de la demandante, esa sentencia deja perfectamente clara la legalidad de centro comercial. Añade que el recurso de apelación introduce nuevas cuestiones que no fueron tratadas ni alegadas en la instancia, lo que constituye una conducta claramente contraria a la esencia del recurso apelación.

En lo concerniente a la prueba del nexo de causalidad, los procesos penales ninguna incidencia tuvieron con la concesión de la licencia de obras suspendida ante este orden jurisdiccional, por lo que estamos ante un típico y claro supuesto de causalidad adecuada. Indica que resultan claramente injustificados los intentos del apelante de repartir las culpas entre la mercantil y los tribunales. En cualquier momento la ahora apelante pudo solicitar el levantamiento de la medida cautelar de conformidad con el artículo 132 de la LJCA.



Finalmente, señala la mercantil que no es cierto que el informe pericial deba tener en cuenta los gastos, pues, atendiendo al tipo de negocio desarrollado por la demandante, éstos se repercuten en los inquilinos. En cuanto a la utilización de centros comerciales de tamaño distinto al que nos ocupa, alega que en caso de que se hubieran extrapolado los resultados de centro más grandes se habría opuesto exactamente la misma alegación. La utilización de un dato medio resulta la medida más adecuada para efectuar el cálculo. Respecto del diferente nivel adquisitivo de los habitantes de las localidades de los centros comerciales que se han utilizado en el informe pericial, atendiendo a los datos aportados por la FEDEA, resulta que la ciudad de Granada tiene un PIB per capita superior en 3.112 € al resto de localidades. Asimismo, en cuanto a que no se ha tenido en cuenta la apertura de otros centros comerciales, indica que los datos de la Asociación Española de Centros Comerciales y Parques Comerciales evidencian que la comunidad autónoma de Andalucía se halla muy por debajo de otras comunidades autónomas.

**CUARTO.-** La promovente del incidente, asimismo, interpone recurso de apelación contra el auto de instancia y solicita que se revoque en el particular relativo al importe de la indemnización. Solicita que se eleve la cantidad hasta 260.555.259,08 euros; y, subsidiariamente, corrija el importe del auto relativo a los daños emergentes e incremente la cantidad fijada por dicho auto en 5.111.453,34 euros.

Para defender su pretensión realiza las siguientes alegaciones:

La sociedad discrepa de la cuantificación que el auto recurrido realiza sobre el daño emergente, pues según los propios razonamientos de la citada resolución dicha cantidad debería incrementarse en 5.111.453,34 euros, que es la diferencia existente entre los 16.580.185,60 euros, fruto del cálculo de los intereses según el criterio jurisdiccional de aplicar el interés legal del dinero, y la cantidad de 11.468.732,22 euros, que es la cantidad fijada por este concepto en el auto, acudiendo, conforme al criterio de la sociedad, a la cantidad que se fijó en la pericia como cálculo de los intereses moratorios según los tipos de intereses pasivos aplicados por las entidades de crédito. En conclusión, estima que la cantidad que debe otorgarse por el concepto indemnizatorio de daño emergente es de 19.579.288,43 euros.

Indica que no existe más prueba pericial que la portada por la entidad mercantil, sin que sobre sus cálculos o metodología de obtención se haya hecho crítica científica alguna por prueba pericial aportada de contrario. De forma paradójica el auto apelado ha considerado prueba suficiente el informe pericial de la demandante, pero a la hora de fijar la cantidad exacta ha optado, sin razonamiento técnico alguno, por la cantidad menor de las propuestas atendiendo a distintos supuestos de cálculo. Esta decisión judicial es incoherente de forma interna en atención a dos motivos: por un lado, si para el cálculo del daño emergente se ha optado por el escenario intermedio de los tres propuestos, para el cálculo del lucro cesante y la auto debió estar igualmente por el escenario intermedio propuesto. A juicio de la actora, esta forma de actuar habría dado mayor coherencia interna a la decisión del auto, pues demostraría que para los dos conceptos indemnizatorios, daño emergente y lucro cesante, la decisión del juzgador habría sido optar por el escenario intermedio al no estimar suficientemente acreditada la concurrencia de las circunstancias que llevarían al escenario de máxima indemnización y no entender suficientemente resarcitoria la cantidad que se deriva del escenario de mínima indemnización; en segundo lugar, existe cierta incoherencia en la decisión final que plasma el auto recurrido, cuando sin prueba pericial que justifique la opción concreta por el grado mínimo de lucro cesante padecido por la demandante opta por éste atendiendo a un criterio de prudencia para evitar el enriquecimiento injusto. Sobre esta cuestión indica que habría enriquecimiento injusto si no hubiera prueba suficiente que acreditara la existencia de lucro cesante, pero una vez que se afirma que existe lucro cesante por no haber podido iniciar una actividad lucrativa, y habiéndose declarado procedente una compensación que indemnice esa falta de ejercicio de la actividad, la resolución objeto de impugnación opta por escoger la cantidad menor sin criticar el método de cálculo ofrecido. Acudir sólo a criterios de prudencia no parece razonable de acuerdo con la coherencia interna de la resolución. Finalmente, considera que procede la condena en costas a la demandada por haberse estimado íntegramente sus pretensiones.

**QUINTO.-** La Administración autonómica presentó escrito de oposición al recurso de apelación de la actora, y esgrimió, en síntesis, los siguientes argumentos:

Alega en primer lugar la inadmisibilidad del recurso, pues sostiene que la mayor parte del recurso apelación es una reproducción literal de la demanda y de la argumentación del auto impugnado. Añade que es bien sabido que el recurso apelación se configura como mecanismo cuyo objeto es la crítica de la resolución judicial recurrida, por lo que no cabe que el recurso de apelación se limite a reproducir los argumentos de la demanda.

Considera que la mercantil realiza una exposición sesgada y parcial del incidente y no hace ninguna referencia a los hitos principales de litigio, así como a las alegaciones de la demandada y a la prueba practicada. El auto recoge el concepto "deterioro del dinero invertido" y lo transforma en "coste de oportunidad". Se trata de dos conceptos diferentes, que se refieren a aspectos distintos y que, además, en ningún momento se utilizaron de



forma equivalente en la demanda. El auto transformó la petición del actor y decidió encuadrar los eventuales daños que reclamaba bajo una categoría distinta a la invocada por la mercantil, lo que supone una quiebra del principio de congruencia, a juicio de la Administración, que se produce sin razonamiento alguno, y genera una grave indefensión a la demandada.

No es cierto que el único informe pericial sea el aportado por la mercantil, sostiene la demandada, y aun en dicho supuesto, la consecuencia jurídica no es la aceptación automática del informe pericial de parte pues en caso contrario se estarían conculcando las reglas de valoración de la prueba que exige la LEC. A continuación, indica que no es cierto que el criterio rector seguido por la resolución recurrida sea el cálculo más bajo de la pericia porque, sencillamente, el auto no define los criterios y razones que utiliza. Afirma, igualmente, que también es incierta la conclusión de que el auto estima totalmente la pretensión de la sociedad en concepto de lucro cesante, como se desprende de la simple lectura del informe pericial aportado por la actora. A juicio de la demandada, el informe es un conjunto de hipótesis sin rigor alguno que baraja diferentes posibilidades, con escenarios muy distintos que mezclan variantes significativas. En definitiva, concluye que los argumentos que invoca recurrente no se ajustan a la realidad y no logran colmar las desproporcionadas lagunas que contiene la resolución impugnada.

No existe daño emergente, y aunque éste existiera los argumentos de la demandante pretenden suplir la voluntad judicial y utilizar el criterio que considera como más adecuado a sus intereses. Alega que por mucho que insista la mercantil en su argumentación, el auto no se refiere en ningún momento ni al tipo activo ni al tipo pasivo. Ninguna consideración realiza la resolución a este respecto, y, a juicio de la demandada, lo que pretende la sociedad con su recurso es reconstruir la voluntad judicial que, según su criterio, es irracional e ilógica. El recurrente pretende una cifra mayor sobre la base de un parámetro que actualmente se encuentra derogado desde la ley 66/1997.

El auto contraviene tanto las reglas de la motivación, como las relativas a la carga de la prueba al considerar, de forma inmotivada, que procede indemnizar por un concepto que no es propio del lapso temporal que afecta a la petición indemnizatoria, sino que, como ya expuso la Administración en su recurso, se ciñe temporalmente a la fase anterior a la paralización de la obra, donde el empresario podía optar por: 1. Invertir la promoción. 2. Utilizar otras vías de rendimiento del capital. Concluye que la auto no acierta al cuantificar la cuantía, básicamente porque no ha debido conceder cuantía alguna por este concepto.

El recurrente nada dice del informe pericial del Inspector de la Agencia Tributaria, ni la existencia ni incidencia de un proceso penal y un auto de medidas cautelares en dicho procedimiento que, sin embargo, cita el propio auto recurrido y que, después, ignora, tal y como se señaló en el recurso apelación presentado por la Administración. El informe pericial de parte no analiza gasto alguno ni se basa en documentos originales, porque el recurrente no ha presentado ni un solo documento oficial. A continuación la demandada señala que la mercantil realiza un salto argumentativo y pasa sorprendentemente de decir que no existe razonamiento técnico en la decisión judicial a solicitar directamente la indemnización máxima de las conjeturas que propone. La sociedad sólo admite la falta de argumentación respecto de la no imposición de la cuantía más alta de las que solicitó, pero ignora que esa falta de motivación es igualmente predicable respecto de la causa que la justifica.

La Administración razona que, a juicio de la mercantil, la falta de fundamentación sobre lucro cesante debe llevar aparejada la imposición de la indemnización máxima. Según el criterio de la demandada, esta argumentación infringe las reglas de valoración de la prueba y, además, supone admitir la propia incoherencia de que el auto no está motivado para lograr la máxima cifra de lucro cesante, y sin embargo, sí que resulta coherente para sostener la cuantía que ya ha reconocido la juzgadora de instancia como lucro cesante. El criterio de la prudencia es el que resulta de aplicación, y así se desprende de la propia jurisprudencia que invoca la actora. El riesgo de enriquecimiento injusto no sólo se produce cuando no se paga por un concepto improcedente sino también cuando se abona una cuantía superior a la que procede.

Finalmente, señala que no procede la imposición de costas toda vez que no es cierto que la auto haya estimado íntegramente sus pretensiones. Sólo desde la mala fe procesal puede invocarse que se ha producido una estimación íntegra de sus pretensiones al tiempo que se formula un recurso de apelación fundado, precisamente, en la disconformidad con el fallo recurrido. Además, que la estimación ha sido parcial se evidencia con el mero cotejo del suplico del escrito de la demanda incidental con el fallo. La cuantía concedida coincide con la señalada en su tercera petición del suplico de la demanda, como petición subsidiaria, por lo que resulta temerario el presente motivo en el que trata de justificar lo contrario. Además, el propio auto expresamente indica que se estima parcialmente la pretensión subsidiaria formulada por el actor, por lo que concluye que no procede la imposición de las costas. La juzgadora no sólo aplica escrupulosamente el primer apartado del artículo 139 de la LJCA, sino que además expresa que la cuestión debatida era compleja, con dudas fácticas.





**SEXTO.-** Para una mejor comprensión de la cuestión objeto de debate conviene exponer los siguientes hechos, que se desprenden del análisis de los autos:

- El 21 de abril de 2006 la Consejería de Obras Públicas insta al Ayuntamiento de Armilla para que proceda a la revisión de la licencia de obras concedida a la actora en fecha de 30 de septiembre de 2005 para la construcción de un centro comercial.

- El propio Ayuntamiento, mediante decreto de su alcaldía nº 1661/2006, de 28 de julio de 2006, acordó la suspensión inmediata de las obras en lo que afecta a la ocupación de los suelos calificados como zona verde y equipamiento público, lo que fue motivado por la detección de una posible infracción urbanística por la Inspección del propio Ayuntamiento.

- Contra la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio de la licencia de obras, la demandada, a instancia de la entonces consejera de obras públicas, interpuso recurso contencioso administrativo en fecha de 4 de agosto del año 2006. Asimismo, **se solicitó la adopción de la medida cautelar de paralización de las obras, con igual fecha, que fue acordada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada mediante el auto 950/2006, de 31 de octubre de 2006** . La mercantil interpuso recurso de apelación contra dicho auto en fecha de 24 de noviembre de 2006 (folios 385 a 412 de la pieza de suspensión), que fue desestimado por la sentencia 475/2007, de fecha 30 de julio de 2007, dictada por esta sala .

- A petición de la entidad mercantil se dictó por el juzgado auto de fecha 1 de diciembre de 2006 , por el que se autorizó la realización de determinadas obras necesarias para evitar un grave deterioro del centro, que en ese momento ya había alcanzado un alto grado de ejecución. En concreto: a) Conclusión de Estructura con soldadura definitiva en todos los elementos metálicos, colocación de elementos de cubrición y evacuación de aguas; b) Cerramiento definitivo de todos los paños de fachada del edificio, incluso colocación de elementos de carpintería y vidrio; y, c) Conclusión de instalación de protección contra incendios, domótica e instalación para que funcione tanto esta como la de evacuación de humos.

- A juicio de la demandada, por la entidad mercantil se continuó con la ordinaria ejecución de las obras, lo que motivó que, nuevamente, se acordara su paralización mediante auto de fecha 27 de abril de 2007, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada , con ocasión de la tramitación de las Diligencias Previas nº 1200/2007.

Dicha causa dio lugar al dictado por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada de la sentencia de 12 de julio de 2010 , en la que se declararon probados, entre otros hechos, los siguientes: « *Asumiendo la propuesta realizada por el Alcalde-Presidente la Junta de Gobierno Local, obrando en virtud de delegación conferida por Decreto de la Alcaldía num. 2.148/03, de 19 de junio ratificado por Decreto 42/2004, de 7 de enero, con el voto favorable de sus integrantes, los acusados Teodulfo , Alcalde-Presidente, Abilio , Concejal Delegado de Urbanismo, y los concejales Desiderio , Teodora , Ignacio y Plácido , atendiendo a las consideraciones efectuadas y a la propuesta realizada por el Alcalde, concedió licencia municipal de obras a General de Galerías Comerciales , S.A., para la construcción del Parque Comercial Nevada, en Pago de la Cerraca, según el Proyecto Básico y de Ejecución con exclusión de aquella parte del mismo que ocupa terrenos calificados como zonas verdes por el antiguo PP-C (zona Este, fachada principal del edificio que se proyecta) y por el PP-B (laterales Sur y Oeste); así como la que ocupan los terrenos clasificados como no urbanizables (borde Este, fachada principal de la edificación que se proyecta); es decir, toda aquella parte de la edificación proyectada que sobrepasa las alineaciones marcadas por el PP-B y por el antiguo PP-C.*

*No obstante aquellos condicionantes, la licencia municipal de obras fue otorgada a General de Galerías Comerciales para la construcción en el Pago de la Cerraca de un Centro Comercial y de Ocio, en base a un proyecto de edificación que a pesar de las condiciones impuestas no fue reformado ni revisado, ni se impidió, por falta de seguimiento de las obras, que luego se llegarán a ocupar con la construcción las zonas verdes que la licencia excluyó de la autorización; tal licencia omitió y prescindió de las demás cuestiones que conforme al informe preceptivo técnico estaban conforme a la normativa de aplicación a tal otorgamiento, aparte de que no se tuvo en consideración el informe jurídico preceptivo emitido al no constar en el expediente. De esta manera la licencia municipal de obras se otorgó para la construcción de un gran Centro Comercial unitario para el que el Proyecto Básico y de Ejecución afectó suelos sujetos en el planeamiento superior a distintos regímenes como son los del sector PP-B, PP-C y la Unidad de Ejecución UE-9, además de un suelo no urbanizable que este sí la licencia excluyó, a pesar de que tales suelos sujetos a distintas determinaciones en el planeamiento superior de Armilla no fueron unitariamente ordenados por una figura de planeamiento para asentar en él el Centro Comercial que de forma unitaria contempló el Proyecto Básico y de Ejecución. [...]*

*Por el contrario, a pesar de que el informe técnico preceptivo de 20 de septiembre de 2005 advirtió que el proyecto en el sector del PP-B ocupa zonas accesorias a la edificación principal (cajas de escaleras y entradas) fuera de las alineaciones que fija el Plan Parcial B (laterales Sur y Oeste), quedando además dichas construcciones*



en suelos destinados a zonas verdes por el planeamiento de desarrollo y que la licencia municipal de obras se otorgó con exclusión de la parte del proyecto que ocupa terrenos calificados como zonas verdes por el PP-B (laterales Sur y Oeste), sin embargo, durante la construcción del Centro Comercial Nevada promovida por General de Galerías Comerciales, cuyo Presidente y Consejero Delegado es el **acusado Juan Luis**, **prescindió de tales consideraciones ocupando el edificio en su desarrollo constructivo las zonas verdes previstas en el planeamiento en el suroeste de la construcción y además las zonas verdes situadas al sur del edificio con la construcción de un caja de escalera metálica compuesta de dos cuerpos o dos escaleras unidas con una anchura de 8,27 metros, una longitud de 25,34 metros y una altura de 12 metros, afectándose así una superficie total de 1.446 m<sup>2</sup> de suelos destinados a zonas verdes, lo que representa un porcentaje superior al 19% del total de zonas verdes del sector del Plan Parcial B** ».

Mediante la citada sentencia, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada condenó al promotor del centro comercial « como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del Código Penal » , y se acordó que « Una vez firme la presenta resolución, Juan Luis deberá demoler a su costa aquella parte de la construcción del Centro Comercial Nevada que invade el suelo destinado a zonas verdes en la parte suroeste del sector del Plan Parcial B, o sufragar los gastos de demolición, caso de que haya de encargarse la administración competente, obligación de la que responderá con carácter subsidiario la entidad General de Galerías Comerciales, S.A. ».

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada fue recurrida en apelación tanto por la defensa como por las partes acusadoras, y dio lugar a la SAP Granada de 28 julio 2011, en la que se elevaron las penas para los condenados. Esta última resolución fue anulada por la STS Sala 2ª de 24 febrero 2017. **En cumplimiento de la sentencia dictada en el procedimiento penal se demolieron 1.457 metros cuadrados**, así como otros 2.589 metros adicionales conforme a lo acordado por el Ayuntamiento de Armilla para mejorar la integración del edificio en su entorno.

- Respecto del procedimiento contencioso-administrativo, se dictó en primer instancia por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada la sentencia nº 95/2009, en cuya virtud se estimó parcialmente el recurso y se ordenó al Ayuntamiento de Armilla a que revisara de oficio la licencia. Finalmente, **este tribunal dictó la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 abril 2014, por la que se estimó « el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Armilla y por la entidad mercantil General de Galerías Comerciales SA** frente a la sentencia indicada anteriormente, que revocamos, y dictar en su lugar sentencia por la que se resuelve DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Andalucía contra la desestimación presunta de la solicitud formulada por la Delegación Provincial de Obras públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 21 de abril de 2006 (fecha de Entrada en el Ayuntamiento de 26 de abril de 2006) al Ayuntamiento de Armilla para la revisión de oficio de la licencia de obras anteriormente mencionada» por entender que « lo que en realidad se argumenta, y se acoge por la Sala, es la exclusión de la legitimación de la Administración autonómica, según lo expuesto, para solicitar la revisión de oficio con base en el art. 102 de la LPAC de una licencia respecto de la cual dejó precluir los plazos correspondientes a los recursos administrativos que se encontraban a su disposición ».

- El día 29 de abril de 2015 tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Granada la demanda en reclamación de indemnización, que dio lugar al presente recurso. El 29 de julio de 2015 la Administración autonómica presentó un escrito ante el Juzgado por el que solicitó que se le informara sobre el planteamiento del incidente. Se confirió traslado a la citada Administración en fecha de 1 de septiembre de 2015. El día 9 de septiembre solicitó la suspensión del plazo conferido para contestar el incidente y que se le otorgara una ampliación de 10 días adicionales, y finalmente presentó escrito de oposición al incidente en fecha de 17 de septiembre de 2015. En dicho escrito se anunció la aportación de un dictamen pericial, que fue finalmente incorporado a los autos el día 14 de octubre de 2015. Por diligencia de ordenación de 13 de octubre de 2015, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada convocó a las partes para la celebración de una vista, de conformidad con el art. 133 de la LJCA en relación con el art. 712 de la LEC, a celebrar el día 6 de junio de 2016 a las 10:00 horas. El día de la vista no compareció la demandada, lo que motivó que por la juzgadora se inadmitiese el informe pericial.

**SÉPTIMO.-** Por razones de lógica procesal vamos a dar respuesta, en primer lugar, a la causa de indamisibilidad alegada por la Administración autonómica en el folio 7 del escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la entidad mercantil, toda vez que su estimación impediría entrar al análisis de las cuestiones planteadas en el mismo.

Este tribunal en reiteradas ocasiones ha manifestado que son inadmisibles aquellos recursos de apelación que se limitan a reproducir de forma literal o casi literal los argumentos del escrito de demanda, sin contener un crítica individualizada de los argumentos jurídicos de la sentencia recurrida. El fundamento de la inadmisión viene integrado por la desnaturalización que ello implicaría del recurso de apelación, pues su objeto y finalidad



es, ante todo, una crítica de la sentencia de instancia y una depuración de su resultado. De esta manera, no es posible plantear el debate en idénticos términos a los suscitados en primera instancia, como si ésta no hubiera existido. Con esta doctrina jurisprudencial se pretende evitar un eterno retorno sobre los planteamientos dialécticos resueltos por el Juzgador a quo, cuando por el apelante no se ha pretendido en la alzada un juicio analítico razonado de la motivación jurídica que integra la sentencia combatida.

Sin embargo, de la lectura del recurso de apelación se desprende con facilidad que sí contiene una crítica individualizada de parte de los argumentos expuestos por la juzgadora en el auto de instancia. Así, alega y razona su discrepancia sobre el tipo de interés aplicado para el cálculo del daño emergente consistente en el "deterioro del dinero", sobre por qué el auto ha escogido el peor de los escenarios expuestos en el informe pericial, así como el pronunciamiento sobre las costas. En consecuencia, el motivo será rechazado.

**OCTAVO.-** Vamos a comenzar con el análisis del recurso de apelación interpuesto por la Administración autonómica, habida cuenta que niega la procedencia de la imposición del abono de la indemnización, por lo que, en caso de estimarse, haría innecesario el estudio del dictamen pericial aportado por la demandante.

Para ello, con carácter previo, es preciso definir el tipo de acción ejercitada por la demandante.

El art. 133 de la LJCA señala lo siguiente « 1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

**3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida ».**

En particular, tal y como razona el auto recurrido, la pretensión articulada por la entidad mercantil es la prevista en el art. 133.3 de la LJCA, de cuyo tenor literal se desprende que para que proceda el abono de una indemnización es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- 1.- La previa iniciación de un procedimiento judicial en cuyo seno se acuerde la adopción de una medida cautelar.
- 2.- Que la medida, una vez levantada, haya ocasionado algún tipo de daño, y que éste resulte probado. Pese a que no lo indica el artículo expresamente, por razones de lógica procesal hemos de entender que el ejercicio de la acción únicamente corresponderá al favorecido por el resultado del procedimiento judicial, pues en caso contrario el daño debe estimarse legítimo.
- 3.- Que se ejercite la acción en el plazo máximo de un año desde que se hubiera acordado el levantamiento de la medida cautelar.

En este sentido, la resolución recurrida cita el ATS Sala 3ª de 29 octubre 2007, que dispone las siguientes pautas para la aplicación del precitado artículo: « como hemos dejado indicado, la vía procesal por la que la parte ha encauzado su petición indemnizatoria es la regulada en el artículo 133.3 de la Ley de la Jurisdicción, en el que se establece que, levantada la medida cautelar por sentencia o por cualquier otra causa, "la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida".

Por su parte, el párrafo primero del mismo artículo nos dice que "cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos".

Los preceptos reseñados demarcan con claridad el ámbito objetivo del procedimiento especial dirigido a hacer efectiva una indemnización con cargo a la caución o garantía: que se trate de perjuicios derivados de la medida cautelar, de modo que solo los probadamente originados por el hecho de haberse acordado y llevado a efecto la medida. [...]



**El presupuesto de la reclamación es, pues, que en el curso del proceso se haya adoptado la medida cautelar y que los daños cuya indemnización se reclama se hayan ocasionado justamente como consecuencia de esa adopción ».**

Sobre el mismo precepto, la STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 junio 2011 señala « así las cosas, se diseña en el precepto transcrito un procedimiento de responsabilidad patrimonial por el trámite de los incidentes de la LEC, a efectos de reclamación de los daños y perjuicios derivados de la adopción de una medida cautelar, **es decir, cuando quede acreditada esa relación causal entre medida cautelar judicial y daños y perjuicios o lesión efectiva, de forma que, cualquiera que sea la causa por la que se hubiere extinguido la medida, la parte que hubiere sufrido los perjuicios derivados de ella tendrá derecho a la indemnización por los efectivamente acreditados.**

La regulación actual es heredera del artículo 124.4 de la anterior LJ , sobre el cual se pronunció el Tribunal Supremo advirtiendo que "La reclamación que posibilita el artículo 124.4 de la Ley de 1.956 es precisamente la indemnización de los daños causados por la suspensión y no otra, debiendo instarse una vez levantada la suspensión, ante el Tribunal y por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha en que se alzó dicha suspensión" ( STS de 30 de octubre de 1.989 ) ».

Respecto del art. 124.4 de la LJCA del año 1956 , cuya redacción es prácticamente idéntica al actual art. 133.3 de la LJCA , la SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 marzo 2001 indica que « **la acción contenida en el art. 124 de la Ley Jurisdiccional objetiviza completamente la obligación de reparar el daño, haciéndola depender exclusivamente de la efectividad entre acto y daño».**

Conviene traer a colación la SAN de fecha 24 de septiembre de 2003 , dictada en el procedimiento ordinario nº 574/2001, en la que se analizó un supuesto muy similar al que nos ocupa y, respecto del ejercicio de la concreta acción prevista en el art. 124.4 de la LJCA 1956 (actualmente art. 133.3 LJCA ) razonó que « **la actuación de la Administración, en el caso que nos ocupa, ha de medirse, por tanto, fuera del instituto de la responsabilidad patrimonial, para quedar constreñida al estricto marco procesal.**

**A este respecto cabe decir, que el ordenamiento jurídico ofrece una vía resarcitoria propia y específica por los daños causados a consecuencia de la suspensión de la ejecución del acto en el procedimiento contencioso administrativo.**

En efecto el art. 124.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 , aplicable al caso de autos, dispone que "Levantada la suspensión, al término del recurso o por cualquier otra causa, la Administración o persona que pretendiese tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión, deberá solicitarlo ante el Tribunal por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha en que aquella hubiese quedado alzada; y si no se formulare la solicitud dentro de dicho plazo, o no se acredite el derecho, se cancelará seguidamente la garantía constituida". Precepto que es sustancialmente idéntico al art. 133.3 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**Así pues, los actores, tuvieron ocasión en el plazo de un año desde que la suspensión quedó alzada de solicitar al Tribunal (el que tramitó la pieza de suspensión) la indemnización por los daños causados a consecuencia de la suspensión.**

Y aunque los hoy recurrentes no fueron partes en los procedimientos ante el TSJ y Tribunal Supremo porque actuó como parte codemandada la entidad "LAS DONCELLAS, S. A", este derecho corresponde a los perjudicados, entendiéndose por tal, no solamente quien es parte en el proceso, sino también, quien no lo es, y resulta afectado por la medida ( ATS, 4ª, de 26 de enero 1991 RJ 1991, 671).

**Sin embargo, no hicieron uso de ese derecho que era la vía adecuada para obtener el oportuno resarcimiento que ahora, utilizando un título de reclamación inadecuado, se nos solicita ».**

Si bien en dicho procedimiento se desestimó la pretensión resarcitoria, como hemos visto se distinguen claramente dos vías, distintas y autónomas, para la solicitud de la indemnización por daños y perjuicios que traigan causa de la adopción de una medida cautelar en el seno de un procedimiento judicial: (i) la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, conforme a los arts. 139 y siguientes de la ley 30/92 (actualmente ley 39/2015); (ii) la vía específica del art. 133.3 de la LJCA . La sentencia parcialmente transcrita rechazó la pretensión por entender que no concurrían los requisitos de la responsabilidad patrimonial del art. 139 de la ley 30/92 , pero aclara que la vía adecuada era la prevista en el art. 124.4 de la LJCA 1956 o el art. 133.3 de la LJCA actual, cuyos presupuestos son distintos.

El Tribunal Supremo resolvió el recurso interpuesto frente a dicha sentencia, así como otras dos sentencias de igual tenor, en las SSTS de fecha 18 de junio y 7 de octubre de 2008 , y la STS de 12 de mayo de 2009 . En particular, la STS Sala 3ª de 18 junio 2008 indicó que « la posibilidad de la aplicación del artículo 124.4





de la Ley Jurisdiccional de 1.956 ha de entenderse establecida con carácter general en garantía y tutela de los derechos de las partes afectadas [...] si bien en principio no obligan a la constitución de fianza dado el principio general excluyente de la prestación de la misma por parte del Estado que el propio recurrente reconoce, **no impide ello que resulte de aplicación el régimen compensatorio de los daños y perjuicios causados establecido en el artículo 124 de la Ley Jurisdiccional de 1.956, que en consecuencia hubiera permitido al recurrente obtener el resarcimiento de los daños causados por una decisión acordada por el Tribunal sentenciador** ».

Y sobre este mismo particular, la STS Sala 3ª de 7 octubre 2008 razonó que « es en esta línea que la Sala de instancia se refiere a la vía resarcitoria prevista al efecto en el art. 124.4 de la Ley de Jurisdicción de 1956 , que se corresponde con lo establecido en art. 133.3 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio , sin que en ello puedan apreciarse las infracciones que se denuncian en el cuarto motivo de casación, pues, en primer lugar, la amplia argumentación de la parte sobre el diferente alcance de la expresión "deberá" contenida en el art. 124.4 de la Ley de Jurisdicción de 1956 y la expresión "podrá" que utiliza el art. 133.3 de la actual Ley 29/1998 , **no impide apreciar la correspondencia sustancial entre ambos preceptos, como señala la citada sentencia de 18 de junio de 2008 , en cuanto en ambos casos se establece la misma vía resarcitoria de los daños y perjuicios derivados de la medida cautelar adoptada en el proceso en favor de la persona que los hubiera sufrido** y, en todo caso, carece de virtualidad para sostener la infracción por la Sala de los preceptos que se denuncian en el cuarto motivo de casación, por cuanto la sentencia se limita a indicar la existencia de dicha vía de reparación de perjuicios y que la entidad recurrente tuvo ocasión de ejercitarla y no hizo uso de la misma que habría sido la adecuada, pretendiendo utilizar un título y una vía de reclamación inadecuados, con lo cual no se está imponiendo aquella vía sino que **se está realizando un pronunciamiento, en interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, sobre la vía de resarcimiento apropiada al caso y ello en congruencia con las razones expuestas inicialmente al descartar, por falta de concurrencia de los requisitos exigidos para ello, la vía de la responsabilidad patrimonial elegida por la recurrente**, apreciación que como ya hemos indicado antes resulta conforme a Derecho».

A juicio de este tribunal, el carácter independiente de la acción prevista en el actual art. 133.3 de la LJCA se desprende de varias consideraciones: en primer lugar, el tenor literal del artículo es claro, y conforme al mismo se establece un mecanismo de compensación económica en el ámbito del estricto marco procesal y condicionado únicamente a la adopción de una medida cautelar que haya producido daños; en segundo lugar, la acción se puede ejercer tanto por los particulares como por la propia Administración contra aquéllos, tal y como se desprende del supuesto analizado por la STS Sala 3ª de 4 marzo 1989 , que más tarde abordaremos; en tercer lugar, no se exige una previa reclamación administrativa, ni se excluye la misma por circunstancias tales como la fuerza mayor o el denominado "margen de tolerancia", como ocurriría en el supuesto de que se tratase de una reclamación de las anteriormente previstas en el art. 139 de la ley 30/92 , habida cuenta que el marco procedimental y los presupuestos que la sustentan son distintos.

En definitiva, se trata de dos acciones que, si bien presentan ciertas similitudes, están dotadas de plena autonomía, lo que impide integrar los requisitos de la acción del art. 133.3 de la LJCA con los previstos para la responsabilidad patrimonial de la Administración pública del citado art. 139 de la ley 30/92 . Esta cuestión es esencial pues, como más tarde analizaremos, de la misma cabe extraer notables consecuencias en orden al establecimiento del nexo de causalidad entre la medida cautelar y el daño reclamado, pues el régimen de responsabilidad se singulariza por su carácter plenamente objetivo y directo.

La STS Sala 3ª de 4 marzo 1989 analiza esta misma acción -en relación con el anterior art. 124.4 de la LJCA de 1956 - articulada por la Administración estatal contra una administrada, e indica que « **no podemos compartir las razones dadas por la Sala de instancia para desestimar la pretensión indemnizatoria postulada por la Administración puesto que estando la misma residenciada, en la prescripción contenida en el art. 124.4 de la Ley de la Jurisdicción , y tratándose no de una reclamación patrimonial de fondo sino estando referida a la indemnización por los daños causados por la suspensión del acto recurrido, en el proceso** , creemos que tanto el auto de 29 de marzo de 1985, como la contestación dada por la Sala a la consulta del Ilmo. Sr. Subsecretario de Justicia de 26 de abril de 1985 acerca de la "conducta a seguir para suspender la ejecución de este acto" **fluye sin dificultad la relación de efecto derivado en la relación de causalidad entre resolución jurisdiccional y cumplimiento de ésta . [...] la causa que la motiva y que no es otra que el auto de 29 de marzo de 1985 con la interpretación y alcance que la propia Sala le da al contestar a la consulta efectuada por la Administración, de donde se infiere que la indemnización pretendida por ésta tiene su engarce y conexión directa con la suspensión decretada, y sin la incidencia de concausas, o causas concurrentes, como la sentencia apelada aprecia para enervar la acción indemnizatoria que por la Administración se ejercita** ».

**NOVENO.-** Delimitada de esta forma la acción planteada por la actora, vamos a analizar las diversas causas impugnatorias opuestas por la Administración autonómica en su extenso recurso de apelación, que distingue entre motivos procesales y materiales.



En cuanto a los primeros, se alega la inadecuación del procedimiento elegido - art. 133.3 de la LJCA -. La lectura del precepto no ofrece dudas sobre la subsunción del presupuesto de hecho que motivó la demanda en el previsto en el citado artículo. Se trata del ejercicio de una acción que tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados a la entidad mercantil como consecuencia de la adopción de una medida cautelar en el seno del procedimiento seguido ante el juzgado que resolvió el auto que nos ocupa.

El letrado de la Junta de Andalucía plantea que, dada la entidad y elevada cuantía de la acción reclamada, la vía de los incidentes no es la idónea. Este tribunal comparte, como también lo hace el letrado de la entidad mercantil en el folio 7 de su escrito de contestación al recurso de apelación, que en atención a la entidad de la suma reclamada y la complejidad técnica -que no jurídica- del asunto, hubiese sido deseable que la ley hubiera articulado otra cauce procesal distinto al de los incidentes, al objeto de otorgar un mayor plazo de contestación a los diversos escritos, un periodo probatorio no concentrado en el acto de la vista y, en su caso, un ulterior trámite de conclusiones. Sin embargo, el cauce procesal legalmente previsto para la acción ejercitada por la demandante es el de los incidentes, y su adecuación jurídica se deduce tanto del tenor literal del artículo como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, entre otras, en las citadas SSTs de fecha 18 de junio y 7 de octubre de 2008, y la STS de 12 de mayo de 2009. No se prevé ningún tipo de limitación cuantitativa o *summa gravaminis*, y donde no distingue la ley tampoco puede hacerlo quien aplica el derecho.

Por otro lado, al contrario de lo pretendido por la Administración apelante, el artículo no condiciona expresamente el ejercicio de la acción a la previa prestación de caución o garantía, entre otras razones, porque habida cuenta la exención general que sobre la misma existe en favor de las Administraciones como consecuencia de la presunción de su solvencia económica, esta interpretación convertiría a la vía definida en el art. 133.3 de la LJCA en una pretensión prácticamente inoperante y sólo posible frente a los administrados. Sobre este particular ya hemos visto que la STS Sala 3ª de 18 junio 2008 explica que *«la posibilidad de la aplicación del artículo 124.4 de la Ley Jurisdiccional de 1.956 ha de entenderse establecida con carácter general en garantía y tutela de los derechos de las partes afectadas [...] si bien en principio no obligan a la constitución de fianza dado el principio general excluyente de la prestación de la misma por parte del Estado que el propio recurrente reconoce, no impide ello que resulte de aplicación el régimen compensatorio de los daños y perjuicios causados establecido en el artículo 124 de la Ley Jurisdiccional de 1.956»*.

En igual sentido, la STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 mayo 2016 dispone que *« como es expresa en la sentencia apelada, el hecho de que la eficacia de la medida cautelar acordada no quedara condicionada a la efectiva prestación de garantía o caución, con el fin de poder cubrir los eventuales daños y perjuicios que de la misma se pudieran derivar, no es obstáculo en la reclamación de esa indemnización por las siguientes razones: el artículo 133.3 de la LJCA no recoge previsión alguna a este respecto; la finalidad perseguida en ese artículo, de cubrir los daños y perjuicios originados con la adopción de una medida cautelar a petición de parte, se vería frustrada de establece limitaciones que no responde a razón alguna »*.

Lo razonado anteriormente conduce, por idénticos motivos, a desestimar la excepción procesal de falta de competencia del juzgado, pues el tan citado art. 133.3 de la LJCA dispone que la acción se *« podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes »*, por lo que sólo cabe afirmar la competencia del juzgado que dictó el auto recurrido, pues fue quien acordó la medida cautelar mediante el auto de 31 de octubre de 2006.

El motivo no será acogido.

**DÉCIMO.-** En el ordinal segundo del recurso de apelación la demandada invoca que se han vulnerado las garantías procesales en el incidente, que justifica sobre la base de la inadmisión de la prueba pericial anunciada y aportada con anterioridad a la vista.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por el tribunal mediante providencia de 4 de abril de 2017 y el posterior auto de 22 de mayo del mismo año. Al objeto de dar respuesta a la totalidad de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, vamos a pasar a transcribir parcialmente lo razonado en las citadas resoluciones:

*«[L] a regulación de los incidentes no se encuentra en la LJCA, sino que de conformidad con la disposición final primera de la citada ley es preciso acudir supletoriamente a la LEC. En concreto, resulta de aplicación lo previsto en los arts. 712 y siguientes de la misma ley procesal, tal y como expresamente señala el auto recurrido. El art. 712 indica que «Se procederá del modo que ordenan los artículos siguientes siempre que, conforme a esta Ley, deba determinarse en la ejecución forzosa el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase o determinar el saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración», y el 715, relativo a la oposición del deudor, prevé que «Si, dentro del plazo legal, el deudor se opusiera motivadamente a la petición del actor, sea en cuanto a las partidas de daños y perjuicios, sea en cuanto a su valoración en dinero, se sustanciará la liquidación de daños y perjuicios por los trámites establecidos para los juicios verbales, pero podrá el tribunal*



que dictó la orden general de ejecución, mediante providencia, a instancia de parte o de oficio, si lo considera necesario, nombrar un perito que dictamine sobre la efectiva producción de los daños y su evaluación en dinero, tras la presentación del escrito de impugnación de la oposición. En tal caso, fijará el plazo para que emita dictamen y lo entregue en el juzgado y la vista oral no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente al traslado del dictamen a las partes».

De esta manera, el art. 715 de la LEC se remite a las normas previstas para los juicios verbales, es decir, a los arts. 437 y siguientes de la citada ley. El art. 442.2 señala que «Si no compareciere el demandado, se procederá a la celebración del juicio», y el art. 443 dispone en su apartado 3, tras la última reforma operada en el mismo, que «Si no se hubieran suscitado las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, formuladas, se resolviese por el tribunal la continuación del acto, se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción. **Si no hubiere conformidad sobre todos ellos, se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas** ».

De la lectura de los párrafos transcritos se deduce que tanto el juzgado como este tribunal se han atenido al procedimiento previsto para los incidentes, que, a su vez, se remite a una vista a celebrar conforme a lo dispuesto para los juicios verbales. Es decir, no se trata de un "puro juicio civil", sino de un incidente en el que se contempla una vista cuya regulación es la establecida para los juicios verbales en la ley ritual civil, en particular, los arts. 442 a 444 de la LEC.

En todo caso, el precepto invocado por la Administración recurrente - art. 393 de la LEC - conduce a la misma conclusión, pues señala en su apartado tercero «3. El Secretario judicial dará traslado del escrito en que se plantee la cuestión a las demás partes, quienes podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el Secretario, señalando día y hora, citará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales».

En cuanto a la indefensión irreparable que invoca la Administración como consecuencia de la falta de advertencia por parte del juzgado de la consecuencia prevista en el art. 440.1 de la LEC, debemos recordar que los párrafos tercero y cuarto de dicha norma indican lo siguiente «En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304. Asimismo, se prevendrá al demandante y demandado de lo dispuesto en el artículo 442, para el caso de que no comparecieren a la vista.

La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los cinco días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el secretario judicial a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de cinco días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381».

Si la omisión de la aludida advertencia legal en la citación, por sí sola, es suficiente para generar indefensión, se trata de una cuestión que debe resolverse de forma casuística, previa valoración circunstanciada de cada caso. Así, este tribunal entiende que, a título de mero ejemplo, podría dar lugar a la nulidad de las actuaciones en el supuesto de que el destinatario de la citación fuera un particular que hasta ese momento no se hubiera personado y careciera de asistencia letrada; pero no es sostenible pretender el mismo efecto cuando la citación se realiza a una Administración autonómica, debidamente personada y cuyo asesoramiento jurídico no ofrece dudas. Cuando existe una irregularidad procesal, conforme al art. 238. 3º de la LOPJ, sólo es posible deducir la nulidad de las actuaciones si se ha producido indefensión, que en este caso vendría motivada por el desconocimiento de las consecuencias legales que lleva aparejada la falta de asistencia a la vista. Sin embargo, en el caso objeto de estudio no es sostenible que la Administración, asistida por su Gabinete Jurídico, invoque el desconocimiento de la ley de Enjuiciamiento Civil para justificar que se le ha generado una indefensión real y efectiva.

En lo concerniente a la supuesta "declaración en rebeldía" de la recurrente, debemos recordar que la resolución recurrida deniega la práctica de la prueba por dos motivos distintos. En primer lugar, ya razonamos en la providencia que conforme a la regulación que la LEC establece para la vista del juicio verbal, que es la prevista para los incidentes, es en el citado acto donde las partes deben ratificar sus escritos, solicitar el recibimiento del pleito a prueba y proponer la práctica de los elementos probatorios con los que pretendan defender sus intereses en el procedimiento; y a juicio de este órgano judicial la aportación previa de un informe pericial no puede entenderse como la formal proposición de la prueba en el acto de la vista, sino su mera anunciación. No se trata de la aplicación de consecuencias procedimentales distintas a la que regulan la vista del juicio verbal,





como sostiene la recurrente, pues los preceptos legales que justifican lo anteriormente razonado son los que conforman la regulación básica del inicio del trámite que nos ocupa.

En segundo lugar, como ya se expresó en la providencia recurrida, de forma reiterada se le indicó a la Administración autonómica que se decidiría en la vista sobre la admisión de las pruebas, y el citado dictamen pericial fue inadmitido por la juzgadora sin que la recurrente formulase protesta, por los motivos que obran en actuaciones. En este sentido, volvemos a señalar que «debemos insistir en que en el caso del juicio verbal el momento para la proposición y admisión de la prueba es el acto de la vista, como se desprende del art. 443.3 de la LEC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que mantiene el contenido del anterior art. 443.4, y no el escrito de alegaciones. Si el demandado -en este caso ejecutado- inasiste a la vista, carece de asidero legal exigir que el juzgador deba presuponer que se ratifica en su escrito de alegaciones y que quedan tácitamente propuestas las pruebas anunciadas con anterioridad a este trámite, pues, insistimos, no es ése el momento en el que formalmente procede la proposición de las pruebas. Este esquema general no ha sido alterado tras la reforma realizada por la citada Ley 42/2015, de 5 de octubre, en la que se generaliza la presentación de contestación a la demanda en el juicio verbal, conforme al actual art. 438.1 de la LEC, pues las pruebas que pudieran aportarse con dicho escrito o con anterioridad al acto de la vista deben entenderse anunciadas, pero no propuestas.

Cuestión distinta son aquellos supuestos en que se desarrolla el juicio verbal sin celebración de vista - art. 438.4 de la LEC - pero una vez convocada la vista deben ratificarse los escritos, solicitarse el recibimiento del pleito a prueba y proponerse las anteriormente anunciadas para que proceda su valoración.

A mayor abundamiento, el art. 446 de la LEC indica que «Contra las resoluciones del tribunal sobre admisión o inadmisión de pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia», lo que tampoco consta realizado».

Presupuesto de hecho indispensable para la admisión en segunda instancia de las pruebas que no se practicaron en la primera, conforme al art. 85.3 de la LJCA es que «En los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo las partes podrán pedir el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables». En los presentes autos, la prueba no se practicó por causas sólo imputables a la Administración recurrente, y en ningún momento se presentó recurso de reposición o se formuló protesta en la vista a los efectos de poder hacer valer dicho medio probatorio en segunda instancia, lo que impide su válida admisión ante este tribunal. [...]

El ordinal tercero del recurso, tras reproducir el art. 300 de la LEC, señala que las pruebas documentales o periciales de parte aportadas con el escrito de alegaciones nunca pueden ser inadmitidas, pues no están sometidas a pronunciamiento sobre su pertinencia y utilidad.

Se trata de la transcripción casi literal del apartado del recurso de apelación en el que se interesó la admisión de la prueba pericial, al que ya dimos respuesta en la providencia sin que se haya alegado ningún argumento distinto de los que ya fueron tomados en consideración. De esta manera, nos remitimos a lo expuesto en la resolución recurrida, en la que razonamos «este tribunal no comparte la interpretación sostenida por la Administración. El art. 285 de la LEC establece en su apartado 1 que «El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas». No se establece ninguna excepción a este régimen de admisión de las pruebas por el tribunal, hayan sido o no aportadas con el escrito de alegaciones. Toda la actividad probatoria está sometida al control del pertinencia, legalidad y utilidad que prevé el art. 283 de la LEC, sin que por el hecho de acompañarse con el escrito de alegaciones se sustraiga a la norma general anteriormente señalada. No existe ningún precepto que ampare la admisión ope legis y sin posibilidad de control judicial de algún medio probatorio. En todo caso, aun en el supuesto de que se entendiese -en interpretación que este tribunal no comparte- que tales documentos e informes periciales integran la demanda como un conjunto, presupuesto necesario para que pueda valorarse tanto la demanda como el resto de escritos es que se proceda a su ratificación en el acto de la vista y se interese el recibimiento del pleito a prueba, lo que no aconteció por los motivos expuestos».

El motivo será rechazado.

**DECIMOPRIMERO.-** Se aduce a continuación la falta de motivación e incongruencia del auto recurrido.

Con carácter general, como señala la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 diciembre 2014 «el punto de partida de la regulación jurídica sobre esta controversia lo encontramos en la Constitución Española, cuyo artículo 120.3 establece que "las Sentencias serán siempre motivadas". El Tribunal Constitucional, interpreta este precepto señalando que no se exige una motivación pormenorizada, ni de una determinada extensión, y que la suficiencia de la motivación de una Sentencia no se puede





establecer con criterios generales ni apriorísticos, sino que requiere analizar el caso concreto, considerándose constitucionalmente válida la motivación escueta ( SSTC 231/1997 y 46/1996 , entre otras).

Ese deber de motivación de las sentencias se encuentra, además, íntimamente vinculado con el artículo 24 de la Constitución Española , ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho fundamental a promover una actividad jurisdiccional que desemboque en una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones formuladas por las partes, normalmente sobre el fondo del asunto, siempre y cuando concurran los requisitos para ello, que podrán ser de inadmisión, cuando concurra una causa legal que lo permita y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma ( SSTC 174/1987 y 232/1988 ).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 88.1.c) relativo al recurso de casación por "infracción de las normas reguladoras de la Sentencia", ha señalado de forma reiterada que "en lo que hace a la motivación se considera válida la motivación por remisión y que el deber de motivar las sentencias no impone una determinada extensión a sus fundamentos jurídicos, siendo suficiente con que éstos permitan conocer la razón de su decisión."

En definitiva, la Sentencia ha de hallarse debidamente motivada, aunque sea de forma escueta y sucinta, explicando la interpretación y aplicación del Derecho que realiza, sin que resulte exigible responder a todas y cada una de las alegaciones y argumentaciones de las partes ( artículos 248 de la LOPJ y 218 de la LEC ). Cabe una motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión ( SSTC 58/1997 de 18 de marzo y 25/2000 de 31 de enero ) e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del artículo 24.1 de la Constitución la que tiene lugar por remisión o motivación in allunde ( SSTC 108/2001 de 23 de abril y 171/2002 de 30 de septiembre ) ».

Siguiendo el orden de los motivos aducidos por la Administración autonómica en su escrito, se alega en primer lugar la contradicción interna del auto. Apoya el apelante dicha pretensión en que la resolución impugnada indica expresamente que « *expuestos en síntesis los acontecimientos anteriores y posteriores a la suspensión de la licencia es el momento de determinar la procedencia de los distintos conceptos por los que se reclama, si bien teniendo en cuenta las premisas de las que parte la reparación de los daños en el incidente del artículo 133.3, no son las propias de la responsabilidad patrimonial, y es por ello que el procedimiento seguido es distinto, pues él solicitante de la medida hace uso de un derecho, y por tanto la reparación no deriva objetivamente del hecho exclusivo de la suspensión , pues es necesaria cumplida prueba del nexo entre la suspensión y el daño producido* ». Sostiene el apelante que la afirmación resaltada en negrita determina la inidoneidad de la vía prevista en el art. 133.3 de la LJCA .

La lectura del extracto del auto revela, únicamente, que para que se pueda ejercitar la acción prevista en el art. 133.3 de la LJCA además de la adopción de una medida cautelar es preciso que: se causen daños, que éstos traigan causa de la medida y que resulten probados. Ninguna contradicción interna o incongruencia se aprecia por este órgano judicial, pues se trata de la lógica inferencia e interpretación del artículo citado, que este tribunal comparte plenamente por ser claro su tenor literal. Y, en todo caso, toda la posterior fundamentación del auto de instancia se dirige en la misma línea de admisión de la acción pretendida por la mercantil.

También señala la Administración que el auto es incongruente porque concede una elevada cantidad a la entidad reclamante, pese a que en el mismo se transcribe la jurisprudencia sobre el lucro cesante y se explicita que la valoración de sus presupuestos debe hacerse con mayor rigor. Tampoco se aprecia contradicción alguna, pues la resolución judicial se limita a exponer la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante, así como la singular prudencia y rigor con que deben valorarse los criterios que la sustentan -todo ello al objeto de evitar que se indemnicen daños meramente contingentes, hipotéticos o eventuales- para, a continuación, entender que el lucro cesante resulta probado en atención al informe pericial de la actora, que es el único admitido en los presentes autos. El apelante podrá discrepar de tal valoración, sobre la que nos ocuparemos más tarde, pero no es sostenible afirmar que el auto sea contradictorio por este motivo.

En lo que respecta a la falta de motivación de los hechos probados, en puridad antes que un defecto procesal se trata de una cuestión de fondo, vinculada al error en la apreciación de la prueba y a la aplicación de las reglas sobre la carga de misma previstas en el art. 217 de la LEC . En consecuencia, nos ocuparemos de esta cuestión al analizar el motivo impugnatorio relativo al nexo de causalidad, dada la evidente coincidencia de los planteamientos.

También se aduce como infracción procesal la ausencia de motivación sobre los datos que llevan al juzgador a considerar probados determinados hechos, tales como la incidencia del procedimiento penal o por qué se modifica la tipología de los daños en relación con el "coste de oportunidad" o el "deterioro del dinero invertido". No es cierto que la sentencia adolezca de falta de motivación sobre esta cuestión, pues, como hemos visto, el deber de motivación de las resoluciones judiciales no es incompatible con una fundamentación breve o



concisa, toda vez que no existe ningún derecho a que la sentencia tenga una determinada extensión. Cuestión distinta, como hemos indicado previamente, es que el recurrente no comparta la valoración del juzgador, sobre la que nos pronunciaremos al abordar las alegaciones de carácter material.

Continúa el recurso de apelación atribuyendo al auto recurrido falta de concreción del material probatorio utilizado, lo que, a juicio del recurrente, le impide afinar la crítica o rebatir la inexistente fundamentación del auto. Los elementos probatorios de la resolución judicial no pueden ser otros que los autos que conforman la pieza de suspensión, el incidente que nos ocupa y las pruebas aportadas por las partes, por lo que ninguna duda suscita a este órgano judicial que la totalidad de las inferencias del auto traen causa de su valoración. Que esta labor de apreciación probatoria sea correcta o no, nuevamente, se trata de una cuestión que estudiaremos en el ordinal correspondiente, pero no se desprende ninguna irregularidad procesal por este motivo.

Para culminar las alegaciones de naturaleza procesal, indica la Administración apelante que existe incongruencia omisiva en atención a que el auto no se ha pronunciado sobre las alegaciones que la demandada expuso en su escrito de oposición a la demanda. Desde la óptica procesal, que es la que estamos analizando en el presente ordinal, ya hemos visto que la demandada no asistió a la vista, **por lo que no ratificó su escrito de oposición al recurso**. En todo caso, y a mayor abundamiento, debemos recordar que como ya expusimos en la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 septiembre 2016, en relación con la incongruencia omisiva es doctrina jurisprudencial reiterada que no puede considerarse incongruente una sentencia porque carezca de un pronunciamiento individualizado sobre la totalidad de las cuestiones suscitadas en el proceso. Basta con que el rechazo o aceptación de las mismas se pueda desprender de forma implícita de la lectura del cuerpo de fundamentos jurídicos, de tal manera que ante la eventual estimación o desestimación de una pretensión se deba entender que lleva aparejada, a su vez, la de aquéllas con las que se halla directamente vinculada. **Ello requiere un análisis "caso por caso" para determinar cuando existe una verdadera omisión o, por el contrario, una tácita desestimación.**

La STS Sala 3ª de 21 diciembre 2011 indica que « *alegándose la incongruencia omisiva, conviene hacer referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala sobre la materia. Es significativa al respecto la sentencia 146/2004, de 13 de septiembre, según la cual: "... en la reciente STC 83/2004, de 10 de mayo, recordábamos que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido ( SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo ), que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurre la controversia procesal ( SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero ). La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" ( SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero ).*

**Por otra parte, como ha señalado el Tribunal Constitucional ( STC 226/92, de 14 de diciembre ), la ausencia de respuesta judicial expresa no es susceptible de ser resuelta con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo del derecho fundamental, sino que hay que examinar las circunstancias en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como desestimación tácita.**

*En el mismo sentido la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1998 establece que en relación con la incongruencia omisiva se han de ponderar las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla ( Sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 y 5 de febrero de 1994, y Sentencias del Tribunal Constitucional 161/93, 280/93 y 378/93 )».*

En el caso objeto de análisis, entendemos que los diversos planteamientos jurídicos de la demandada fueron tácitamente desestimados por el auto pues, como más tarde analizaremos, los motivos que introduce al objeto de pretender la ruptura del nexo de causalidad no pueden ser tomados en consideración en la resolución del incidente que nos ocupa - art. 133.3 de la LJCA - dado su carácter objetivo y autónomo de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Esta cuestión revela la falta de incidencia del

proceso penal para entender enervada la relación de causalidad -que más tarde estudiaremos- pues basta la conexión entre la medida y el daño para afirmar la viabilidad procesal y sustantiva de la acción resarcitoria, como ya expusimos en el ordinal octavo.

**DECIMOSEGUNDO.-** Entrando en el análisis de las cuestiones de fondo, se alega por la Administración que se ha infringido el art. 133 de la LJCA en relación con el art. 217 de la LEC en cuanto a las reglas sobre la carga de la prueba.

Para dar respuesta a esta alegación vamos a alterar el orden seguido por el recurso de apelación, toda vez que la primera cuestión a la que hay que dar respuesta es si estima o no probada la causa que da lugar a la acción ejercitada por el demandante, es decir, es preciso pronunciarse sobre la efectiva acreditación del nexo de causalidad entre la medida cautelar y el daño, y, en su caso, la incidencia que cabe deducir del procedimiento penal al que anteriormente hicimos referencia. Sólo si se resuelve en el sentido de declarar probados los requisitos del art. 133.3 de la LJCA procederá entrar en el análisis de los distintos conceptos indemnizatorios y su probanza, y no al revés.

En concreto, comenzaremos con los argumentos vertidos en el recurso de apelación sobre los "hechos relevantes con incidencia en el proceso edificatorio y eludidos por la resolución recurrida".

En primer lugar, señala el apelante que fue el Ayuntamiento de Armilla quien mediante decreto de la alcaldía de fecha 28 de julio de 2006 acordó la suspensión de las obras. Dicho decreto obra en el folio 193 del presente incidente, y de su lectura se desprende que se ordena « **la suspensión inmediata de las obras en lo que afecta a la ocupación de suelos calificados como zona verde** tanto en el Plan Parcial B (a nivel de planta semisótano y primera), como en el antiguo Plan Parcial C, (a nivel de planta semisótano así como la ocupación a nivel de semisótano del sólo calificado como equipamiento en el antiguo Plan Parcial C, que deberá efectuarse en el momento en el que se practique la presente notificación ».

Así pues, dicha resolución no acuerda la paralización total de las obras sino únicamente aquella parte que afecta a la ocupación de suelos calificados como zona verde, que fueron finalmente demolidos, conforme a los datos que este tribunal extrae de los autos, y que en ningún momento han sido tenidos en cuenta al objeto de determinar el montante de la indemnización, como analizaremos más tarde. Ya hemos visto como la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada condenó a la demolición « *de aquella parte de la construcción del Centro Comercial Nevada que invade el suelo destinado a zonas verdes en la parte suroeste del sector del Plan Parcial B, o sufragar los gastos de demolición, caso de que haya de encargarse la administración competente, obligación de la que responderá con carácter subsidiario la entidad General de Galerías Comerciales, S.A .*».

Con independencia de lo anterior, **la presente acción, insistimos, tiene por objeto resarcir los daños derivados de una medida cautelar en el marco de un procedimiento judicial, por lo que entendemos que la citada resolución de la alcaldía se halla extramuros del presente recurso.** Resulta incontrovertido que la paralización total de las obras fue solicitada en primer lugar ante el juzgado por la Administración autonómica, y acordada a su instancia por el auto de 31 de octubre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada , y son estos hechos a los que debe ceñirse la cognición del incidente objeto de estudio.

En segundo lugar, respecto de la incidencia del procedimiento penal, sostiene la demandada que también se produjo la paralización total de las obras mediante el auto de fecha 27 de abril de 2007, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada , con ocasión de la tramitación de las Diligencias Previa nº 1200/2007. En la vista celebrada ante este tribunal en apelación la Administración autonómica añadió que, aun en el supuesto de que la Junta de Andalucía no hubiera tenido ninguna intervención, las obras habrían sido igualmente paralizadas en su integridad como consecuencia del citado auto. Finalmente, señala que el demandante ha sido condenado mediante sentencia firme por la perpetración de un delito contra la ordenación del territorio, por lo que no se acomodaría a la razón otorgar una indemnización como consecuencia de la comisión de un delito.

Bien es cierto que el auto recurrido no motiva la incidencia del procedimiento penal sobre la presente acción, **pero entendemos que esta ausencia de razonamiento responde a que la juzgadora se atiene al estricto análisis de los requisitos que deben ser objeto de valoración ante el ejercicio de la acción prevista en el art. 133.3 de la LJCA , y que hemos desarrollado en nuestro ordinal octavo .**

La suspensión de las obras se acordó a instancia de la Administración demandada por auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada el día 31 de octubre de 2006, y se alzó tras la sentencia de 28 de abril de 2014 de este tribunal ; mientras que el auto adoptado en vía penal se emitió el 27 de abril de 2007 y el procedimiento finalizó mediante la SAP Granada de 28 julio 2011 . De esta manera, atendiendo al lapso temporal del procedimiento penal sólo cabe deducir que ninguna incidencia pudo tener sobre la medida



acordada en la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la suspensión acordada en vía penal comenzó más tarde y finalizó tres años antes de que se dictara sentencia firme por este órgano judicial.

Por otro lado, el auto de fecha 27 de abril de 2007 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada se dictó una vez que se tenía conocimiento de la previa suspensión acordada en vía contencioso-administrativa, y tras haberse denunciado que parte de las obras que la mercantil había ejecutado tras el auto de 1 de diciembre de 2006 podían no corresponderse con las autorizadas. En concreto, en el acta de visita llevada a cabo el día 21 de febrero de 2007 por el Inspector de Ordenación del territorio, Urbanismo y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, se señaló que se observa ausencia de trabajos, especialmente en la planta garaje y la planta denominada baja, y que considera que se han realizado actuaciones que podrían no corresponderse con las ordenadas por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, como son compartimentaciones interiores, ejecución de habitaciones interiores junto a fachada en planta garaje o sótano. A la misma conclusión llegó el Servicio de Protección de la Naturaleza, con fecha de 15 de marzo de 2007, en informe de 55/2007, en el que se indica que pueden haberse realizado obras que no están incluidas en el auto de 1 de diciembre de 2006 .

Recordemos que en el auto del juzgado, a petición de la entidad mercantil, se autorizó la realización de determinadas obras necesarias para evitar un grave deterioro del centro, que había alcanzado un alto grado de ejecución. En concreto: a) Conclusión de Estructura con soldadura definitiva en todos los elementos metálicos, colocación de elementos de cubrición y evacuación de aguas; b) Cerramiento definitivo de todos los paños de fachada del edificio, incluso colocación de elementos de carpintería y vidrio; y, c) Conclusión de instalación de protección contra incendios, domótica e instalación para que funcione tanto esta como la de evacuación de humos.

**Tales consideraciones las extraemos de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, de fecha 23 de abril de 2009** (folios 59 y siguientes del primer tomo de la presente pieza), en cuyo ordinal segundo del apartado de fundamentos de derecho analiza la "cuestión prejudicial", y concluye lo siguiente « *aunque resulte innecesario en este momento, dado el trámite procesal en que nos encontramos, este juzgador no quiere eludir la cuestión planteada sobre las medidas de aseguramiento señaladas, así como sobre la cuestión prejudicial penal planteada ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, entendiéndose que ésta nada tiene que ver con las obras autorizadas por el auto de este juzgado de 1 de diciembre de 2006 , relativas al aseguramiento de determinadas actuaciones. En este sentido, bien podría declararse ajustado a dicho auto las obras realizadas, con la salvedad del enfoscado del paramento interior referido en el informe del arquitecto municipal de marzo de 2007 , siendo asimismo compatible con dicha resolución el decreto de la alcaldía de Armilla de 6 de julio de 2007, en virtud del cual se ordena la retirada de una escalera metálica ubicada en la fachada sur del centro comercial Nevada, a no estar amparada en la licencia municipal de obras concedida en su día al promotor, así como el decreto del alcalde del ayuntamiento de Armilla, de 30 de agosto de 2007 ».*

De lo expuesto anteriormente inferimos que el auto de 27 de abril de 2007 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada fue motivado por la presunta contravención por parte de la entidad mercantil del auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, pues supuestamente podrían haberse realizado obras que no estaban expresamente previstas entre las necesarias para asegurar la construcción; y que, conforme a lo relatado en la sentencia parcialmente transcrita, salvo el enfoscado del paramento interior las obras se ajustaron esencialmente al tenor del citado auto. La defensa letrada de la entidad mercantil indica que el presidente de la sociedad no fue condenado por un delito de desobediencia, sin que nada se haya alegado de contrario.

Además, en vía penal únicamente se impuso el derribo de 1.457 metros cuadrados sobre una parcela total de superficie muy superior, lo que, según indica la entidad mercantil y tampoco ha sido rebatido de contrario, « **acuerda la demolición sólo de una pequeña parte anexa al edificio, ajena según nos consta a la licencia y por tanto a su suspensión por el Juzgado Contencioso-administrativo** ».

En conclusión, este tribunal no puede acoger que la indemnización traiga causa de un delito. Las consecuencias del procedimiento penal fueron las acordadas en su día por la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada, que supusieron, entre otras, la demolición de los 1.457 metros cuadrados anteriormente señalados, sobre los que ningún tipo de resarcimiento se pretende por la actora; y es incuestionable que la consecuencia anudada al procedimiento penal no es la total paralización de unas obras durante casi ocho años, que es el supuesto objeto de estudio en el presente incidente, y que se adoptó en otro procedimiento distinto y seguido ante otro orden jurisdiccional.

En todo caso, nuevamente debemos enfatizar que: por un lado, serían actos completamente ajenos al presente incidente, pues responden a una medida adoptada en un procedimiento ajeno al que nos ocupa; por otro, que es un dato incontrovertido que la suspensión inicial de las obras fue la acordada a instancia de la demandada,





y no en el procedimiento penal; y, finalmente, que **el hecho de ser el auto acordado con posterioridad por el juzgado de instrucción supuestamente coincidente con el que ha motivado el presente incidente no se erige como causa exoneradora de la responsabilidad de la Administración**, conforme a los requisitos que regulan la acción objeto de debate, sobre todo cuando ya hemos visto que, según la STS Sala 3ª de 4 marzo 1989 « *de donde se infiere que la indemnización pretendida por ésta tiene su engarce y conexión directa con la suspensión decretada, y sin la incidencia de concausas, o causas concurrentes* », como la sentencia apelada aprecia para enervar la acción indemnizatoria que por la Administración se ejercita».

Los siguientes motivos versan sobre los requisitos legales para la explotación del centro comercial, pues la Administración autonómica plantea que para que se pudiera dar inicio a la explotación del centro eran precisos los siguientes pasos: licencia de edificación y actividad, certificado final de obra, licencia de primera ocupación y utilización. Añade que no le consta que tales licencias hayan sido concedidas.

Para analizar las supuestas dudas sobre la actual legalidad urbanística del centro comercial Nevada es preciso tomar en consideración que:

1.- Es un hecho notorio y conocido que dicho centro fue inaugurado en el mes de noviembre del año 2016, cuya prueba resulta innecesaria conforme al art. 281.4 de la LEC . No consta a este órgano judicial que, tras varios meses desde su inauguración, exista ninguna denuncia o se haya iniciado algún procedimiento encaminado o combatir su legalidad desde la perspectiva urbanística.

2.- Para una mejor comprensión de la cuestión suscitada conviene exponer los hechos que fueron valorados por la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 abril 2014 , que desestimó el recurso presentado por la Administración autonómica: « *la licencia cuya revisión de oficio se solicita resultó otorgada por resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Armilla de 30 de septiembre de 2005 a Galerías Comerciales para la construcción del parque comercial Nevada en Pago de la Cerraca del Termino Municipal de Armilla , según proyecto básico y de ejecución redactado por el Arquitecto D. Teodosio, haciendo constar en el mismo texto del acuerdo de concesión de licencia que se otorgaba "con exclusión de aquella parte del proyecto que ocupa terrenos calificado como zonas verdes por el antiguo PP-C (zona Este, fachada principal del edificio que se proyecta) y por el PP-B (laterales Sur y Oeste), así como la que ocupan los terrenos clasificados como no urbanizables (borde Este, fachada principal de la edificación que se proyecta), es decir, toda aquella parte de la edificación proyectada que sobrepasa las alineaciones marcadas por el PP~B y por el antiguo PP-C". En fecha 24 de octubre de 2005 tuvo entrada en la Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía el acta referida al anterior acuerdo aprobatorio de la licencia y remitida a la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, con registro de entrada el 15 de noviembre de 2005, se solicitó por el Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la misma que el Ayuntamiento de Armilla remitiese el proyecto objeto de la licencia de obras (folio 32 del expediente), y tras recepcionar el proyecto objeto de la licencia el 26 de enero de 2006 (folio 33 expediente), los Servicios Técnicos de la Delegación de la Consejería citada emitieron el 2 de marzo de 2006 informe sobre adecuación del proyecto a la normativa urbanístico poniendo de manifiesto los incumplimientos urbanísticos que, a su juicio, incurría el proyecto autorizado que se sintetizan como sigue: en cuanto al suelo urbano, que el edificio proyectado se asienta sobre espacios libres y equipamientos, la ocupación excede de la ocupación máxima del 50% que establece la Ordenación de aplicación, el edificio proyectado no se adecúa a las Normas Generales de Edificación, Terminología y Conceptos del Planeamiento General en altura máxima y número de plantas, la edificación prevista no se justifica en el proyecto según la clase de suelo en la que se asienta sino que de forma global se indica que la superficie total construida sobre rasante es de 154.567 m2 y la computable sobre rasante es de 103.340 m2, sin justificar el cumplimiento de la ordenación de aplicación en suelo urbano ni la del plan parcial PP-B y la edificabilidad superaría los máximos establecidos en el planeamiento que le es de aplicación; en el suelo no urbanizable de las NNSS, el proyecto de edificación en líneas generales se adecúa al Plan Parcial que le es de aplicación indicando respecto al plan las observaciones efectuadas en el informe de 25 de mayo de 2005; en suelo no urbanizable se grafía en el proyecto una zona de aparcamiento al aire libre sobre suelos no urbanizables. De conformidad con el citado informe, la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Obras Públicas y Transportes por medio del reseñado escrito de 21 de abril de 2006, con fecha de entrada en el Ayuntamiento de Armilla el día 26 de abril de 2006, resuelve instar al Ayuntamiento de Armilla a que proceda de conformidad con lo dispuesto en los arts. 189 y 190 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de 2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía respecto a la licencia municipal de obras de 30 de septiembre de 2005 ya identificada, con la advertencia de que transcurrido el plazo para resolver sin que hubiese dictado resolución se podrá entender, a efectos impugnativos, que este es contrario a la suspensión o revisión de la licencia.*

A la vista de la referida resolución de 21 de abril de 2006 (fecha de Entrada en el Ayuntamiento de 26 de abril de 2006, folios 36 a 41 del expediente), y no habiéndose dictado ninguna resolución por el Ayuntamiento de Armilla en orden a lo pretendido, la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Obras Públicas y



Transportes, acordó instar al Director General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda a que se procediera a la impugnación jurisdiccional de la desestimación por silencio administrativo del anterior requerimiento que la misma había formulado al Ayuntamiento de Armilla respecto a la revisión del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Armilla de 30 de septiembre de 2005 por el que se concedió (folios 44 a 51 del expediente). En dicha propuesta de impugnación se hace constar anexo otro informe emitido el 25 de julio de 2006 por los Servicios Técnicos de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas en Granada (folio 52 del expediente), donde se aclaraba el anterior de 2 de marzo de 2009 en el sentido de que pese a los condicionantes de la licencia sobre exclusión de determinadas partes del proyecto, y dado que no se había presentado un proyecto reformado así como que se seguían afectando suelos destinados a equipamientos (servicios e instituciones) y que sobre lo informado en el apartado de edificabilidad no podían hacer un cómputo exacto de la misma al no haberse aportado el proyecto reformado que contemplase lo excluido en el acuerdo de concesión de licencia. Esta propuesta de impugnación jurisdiccional de 27 de julio de 2006 se notificó al Ayuntamiento de Armilla el día 31 de julio de 2006. E día 31 de julio de 2006 la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía autorizó al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía para proceder a la impugnación jurisdiccional de la desestimación por silencio administrativo del requerimiento efectuado por esta Delegación Provincial respecto a la revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Armilla en sesión extraordinaria de 30 de septiembre de 2005, por el que se concede licencia municipal de obras., así como solicitar la suspensión del acuerdo municipal. El recurso contencioso administrativo fue interpuesto el día 4 de agosto de 2006.

A su vez merece destacarse, en la secuencia fáctica de los hechos sometidos al presente proceso que la presente licencia se enmarca en el ámbito de los suelos incluidos en el ámbito del PP-C el cual recibe su aprobación inicial el 12 de abril de 1996 y la provisional el 13 de septiembre de 1996, siendo aprobado definitivamente el 19 de abril de 1999 en virtud de las competencias delegadas por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía en favor del Ayuntamiento de Armilla, sin que resultase objeto de impugnación por la Administración autonómica. Por otro lado dicho Plan Parcial resulta incorporado a las NNSS de Armilla (Revisión) aprobadas en el año 2000 en cuyo ámbito a su vez se define como suelo urbanizarle el del PP-B el cual, en sesión del Ayuntamiento en Pleno celebrada el día 22 de julio de 2005, aprobando el PP-B el cual fue objeto de publicación en el BOP de Granada de fecha 16 agosto de 2000 (BOP número 155). La Junta de Andalucía solicitó al Ayuntamiento de Armilla la revisión de oficio del Plan Parcial B el 15 de diciembre de 2005, según se afirma en la demanda de la Junta de Andalucía, si bien no consta aportada ni dicha solicitud ni que se hubiera producido contestación expresa a la misma ».

Una de las cuestiones que fueron objeto de dicho recurso, como se recoge en el fundamento de derecho décimo de la precitada sentencia, fue la impugnación « indirecta de los Planes Parciales B y C y NNSS ». A este respecto, es precisa la cita de la STS Sala 3ª de 15 julio 2015, que resolvió el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por este tribunal en relación con la legalidad del Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Granada, de fecha 1 de marzo de 2007, por el que se aprueba definitivamente del Plan General Ordenación Urbana de Armilla (PGOU) de Armilla (Granada). En el apartado cuarto del fallo de la STS se indica « Dicha estimación parcial se concreta en el particular relativo a la consideración de los terrenos correspondientes a los Planes Parciales PP-C y PP-B como Suelo Urbano No Consolidado (SUNC), **debiendo, por el contrario, ser considerados como Suelo Urbano Consolidado (SUC)**, anulándose, por tanto, en este particular, el Apartado Tercero.1 del Acuerdo impugnado de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Granada, así como el Fundamento 3º de la Resolución de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, desestimatoria del recurso de alzada ».

En este sentido, entendemos que de conformidad con la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 abril 2014 y la STS Sala 3ª de 15 julio 2015, la pretensión de la apelante no puede ser acogida.

Cuestión distinta es la incidencia que tales consideraciones pudieran tener sobre la determinación del *dies a quo* del cálculo del lucro cesante, que analizaremos más adelante.

**DECIMOTERCERO.**- A continuación, se alega por la Administración autonómica que se ha infringido el art. 133.3 de la LJCA, pues no existe conexión entre el objeto de la medida cautelar y los daños alegados.

En realidad, bajo dicho motivo se reiteran gran parte de las cuestiones a las que ya hemos dado respuesta con anterioridad. Así, la censura que se realiza sobre que el auto no valora los actos realizados por la mercantil durante los ocho años que duró el procedimiento -toda vez que, a su juicio, continuó con la realización de la obra- queda resuelta por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, de fecha 23 de abril de 2009, que, como ya hemos indicado, concluye lo siguiente « En este sentido, bien podría declararse ajustado a dicho auto las obras realizadas, con la salvedad del enfoscado del paramento interior referido en el informe del arquitecto municipal de marzo de 2007 ». Bien es cierto que dicha sentencia fue



revocada por este tribunal, pero únicamente en lo referente a la falta de legitimación de la Junta de Andalucía para instar la revisión de oficio de la sentencia; y, conforme a lo señalado por la actora y no se ha rebatido de contrario, el presidente de la entidad mercantil nunca fue condenado por un delito de desobediencia. De esta manera, en el supuesto de que se entendiese que continuaron las obras, conforme al material probatorio que obra en los autos debemos concluir que fundamentalmente se centraron en la realización de las medidas de aseguramiento, debidamente autorizadas, a salvo el enfoscado del paramento interior, cuya real trascendencia sobre una construcción de la envergadura que nos ocupa es inexistente.

En lo que respecta a la falta de valoración por el auto recurrido de la sentencia que acordó la demolición en vía penal, ya hemos dado respuesta en el ordinal decimosegundo; y en cuanto a que el centro no está generando ganancias, se trata de una manifestación que podría haber sido valorada en la fecha de presentación del recurso de apelación -7 de septiembre de 2016- pero que tras varios meses desde la inauguración del centro queda necesariamente desvirtuada.

Sigue el recurso aduciendo nuevamente la falta de relación de causalidad entre la medida cautelar y los daños. En esencia plantea que las obras no se paralizaron por el auto de fecha 31 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, que acordó la medida cautelar, y la incidencia del procedimiento penal ante la conducta delictiva del promotor del edificio, cuestiones que ya hemos analizado; por otro, invoca la doctrina de los actos propios porque la mercantil nunca solicitó el levantamiento de la medida cautelar, fundamento que no puede compartir este tribunal, entre otras consideraciones, porque ya hemos expuesto que la sociedad interpuso recurso de apelación contra dicho auto en fecha de 24 de noviembre de 2006 (folios 385 a 412 de la pieza de suspensión), que fue desestimado por la sentencia 475/2007, de fecha 30 de julio de 2007, dictada por esta sala .

Finalmente, señala la apelante que también tuvo incidencia en el daño la excesiva dilación en la resolución del procedimiento por parte de esta jurisdicción, pues pese a haberse interpuesto el recurso en agosto de 2006 la sentencia del juzgado no se dictó hasta el 23 de abril de 2009, y la sentencia que resolvió el recurso de apelación es de fecha 28 de abril de 2014 , lo que, conforme a su criterio, constituye una duración anormal. Debemos recordar que, de conformidad con el art. 132 de la LJCA , la Administración estuvo en disposición de solicitar en cualquier momento la finalización de la medida cautelar. **Ni este tribunal de oficio ni la demandante podían proceder a su revocación.** Así pues, ante la duración del procedimiento y las consecuencias que podía llevar aparejadas una suspensión como la que nos ocupa, era la demandada la única que se hallaba en situación de poner fin a la medida cautelar, por lo que debemos concluir que es la única responsable. En cualquier caso, una vez más debemos insistir en que la acción del art. 133.3 de la LJCA es clara al delimitar el ejercicio de la acción en el marco del proceso, y que el responsable sólo puede ser quien haya solicitado la adopción de la medida, sin que sea posible entrar a valorar la concurrencia de concausas o la intervención de terceros, que se trata de cuestiones propias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública conforme al anterior art. 139 de la ley 30/92 .

En conclusión, **debemos dar respuesta a la primera de las pretensiones de la actora, en el sentido de confirmar el criterio de la juzgadora sobre que procede declarar el derecho de la entidad mercantil a ser indemnizada como consecuencia de los daños ocasionados por la medida cautelar de suspensión de las obras acordada, a su instancia, en virtud del auto de 31 de octubre de 2006 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada , al concurrir todos los requisitos previstos en el art. 133.3 de la LJCA , siempre y cuando se estimen suficientemente acreditados los daños, cuestión que analizaremos en los siguientes ordinales.**

**DECIMOCUARTO.-** En lo que concierne al análisis de la prueba de los daños ocasionados, esta cuestión es combatida por la Administración en los folios 15 a 21 de su recurso de apelación.

Debemos comenzar aclarando que, al contrario de lo afirmado por la Administración autonómica, **el único informe pericial que obra en las actuaciones es el aportado por la demandante.** Es cierto que en fecha de 14 de octubre de 2015 se aportó un informe pericial, pero ya hemos analizado en el ordinal décimo por qué no fue finalmente admitido.

El dictamen pericial fue realizado por Reding Consulting Forensic y firmado por D. Rogelio , licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, D. Juan Manuel , licenciado en Ciencias Económicas, y D. Cecilio , licenciado en Administración Dirección de Empresas y Derecho, así como miembro del Colegio de Economistas, entre otras titulaciones que se relacionan en el folio 5 de su dictamen. De esta forma, el informe se ha realizado por personas cuya titulación resulta idónea al objeto de la pericia que nos ocupa.

Las fuentes de información utilizadas para elaborar el informe aparecen relacionadas en los folios 9 y 10, y entre otras se especifican las siguientes: listado de mayor contable aportado por la sociedad, ventas realizadas extraídas in situ con la supervisión de los autores del informe sobre su sistema de facturación, y listado de



locales y tipologías de superficies alquiladas. Dentro del amplio anexo que configura el dictamen, se aporta: como documento nº 5, un informe anual de evolución y situación del segmento de centros comerciales en España elaborado por el departamento de análisis e investigación de mercados de Aguirre-Newman; documento nº 7, consistente en el coste de vigilancia de la obra, al que se unen las nóminas de dos empleados (y se añadió con posterioridad un tercero); en los siguientes documentos se relacionan los beneficios del centro comercial Mediterráneo de Almería, centro comercial Mataró Parc en Mataró, centro comercial La Cañada de Marbella y centro comercial Gran Plaza de Roquetas de Mar, en tres periodos: fechas de inauguración, mes de octubre de 2007 y meses de octubre de 2011, 2012, 2013 y 2014; documento 14, que contiene los planos del centro comercial Nevada; documento 15, sobre la resolución del contrato entre la mercantil demandante y la empresa Leroy Merlín, por el que tuvo que abonar una indemnización de 2.500.000 euros, entre otros documentos.

El informe pericial distingue entre el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente lo define como el valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio, y considera que la indemnización en este caso será igual al precio del bien afectado o destruido. Añade el dictamen que, si bien no se ha producido la destrucción del inmueble, sí se ha generado un menoscabo en la capacidad del dinero invertido de producir rentabilidad o generar intereses dado que se encuentra materializado en una obra paralizada, de manera que, en este caso, el daño emergente es el deterioro sufrido por el dinero invertido. Indica que se ha actuado con cautela al haber aplicado el interés del mes de octubre de 2006 - fecha en que la obra es paralizada- y concluye que para calcular el deterioro del dinero se aplica el interés legal del dinero, que es el legalmente aplicable y el que procede cuando las partes no establecen otro distinto en un negocio jurídico o como compensación mínima. Del resultado de tal cálculo se obtiene la cantidad de 16.580.185,56 euros, en el caso de aplicar el citado interés legal del dinero, 11.468.732,22 euros para el supuesto de aplicación del tipo de interés pasivo de las entidades de crédito y 17.133.990,18 euros para tipos activos.

Dentro del daño emergente se incluye el coste de vigilancia y seguridad, que conforme a las nóminas de los empleados (dos desde el año 2006, y un tercer más en el año 2014) lo que arroja un resultado de 499.102,87 euros.

Finalmente, se añade como daño emergente el correspondiente a la indemnización que se tuvo que entregar a Leroy Merlín, que era la compensación convenida en caso de incumplimiento por parte de la actora de su obligación -del que hubo un expreso requerimiento a la demandante en fecha de 12 de septiembre de 2012-, con un valor de 2.500.000 euros.

En lo que respecta al lucro cesante, que integra la partida indemnizatoria más elevada, la metodología utilizada, como se desprende del folio 20 y siguientes del dictamen, es el siguiente: se parte de la utilización de cuatro centros comerciales de la misma entidad mercantil -Mediterráneo de Almería, Mataró Parc en Mataró, La Cañada de Marbella y Gran Plaza de Roquetas de Mar-, y se hace un "mix" de superficie comercial medio, en el que se pondera la combinación de cuatro tipologías, en concreto: moda y complementos, ocio y restauración, medianas superficies e hipermercado. Conforme a tales datos, se distinguen tres situaciones: año de apertura, mes de octubre de 2007 -que era el previsto para la apertura del centro comercial- y un mes de crisis, en concreto el mes de octubre de 2011, que dicen "inmerso en la desaceleración económica". Finalmente, señalan que « *no hay gastos ya que éstos se repercuten a los inquilinos en la factura, estando perfectamente separados la renta y dicha repercusión* ». Es preciso tener en cuenta que la actividad de la mercantil es el alquiler de los locales comerciales emplazados en sus centros.

A continuación se analiza: el mes del año de apertura, octubre de 2007 y octubre de 2011 para los cuatro centros señalados. Dado que tienen una superficie distinta a la del Centro Comercial Nevada, se calcula el beneficio por metro cuadrado, haciendo una media entre los centros y distinguiendo por la tipología del uso a que se destina dicha superficie: 1. Ocio, restauración y otros. 2. Moda y complementos. 3. Desocupados.

El informe aclara que en el contrato celebrado con Leroy Merlín se estableció un precio en el que se distinguía una parte de renta fija mínima garantizada y otra variable por ventas, que es el habitual con las medianas superficies. De su análisis se desprende un perjuicio que oscila entre 6.986.765,70 euros en el caso de aplicar el periodo de paralización, y de 7.064.396,43 euros si se calcula en función de la fecha prevista de apertura con el mes de realización del informe.

También indica que las zonas desocupadas generan beneficios derivados de stands o puntos móviles, de manera que es muy común que se emplacen puntos de venta de accesorios para móviles, tarjetas de crédito o stands promocionales.

Atendiendo al beneficio por metro cuadrado, conforme a los distintos tipos, se proyecta sobre la superficie del Centro Comercial Nevada, y se distinguen dos posibles periodos: el tiempo de paralización de las obras (noviembre de 2006 a abril de 2014) o el tiempo que transcurre desde el mes previsto para apertura /octubre





de 2007) a la fecha de confección del informe, realizado el día 24 de abril de 2015. Finalmente se establecen los distintos perjuicios dependiendo del mes de apertura, octubre de 2007, octubre de 2011 o la media de los tres, y se proponen los perjuicios por cada uno de los dos periodos anteriormente indicados, en los que se determina el perjuicio total más bajo posible -157.418.816,26 euros, que fue la cantidad fijada por el auto recurrido, y que coincide, como hemos visto, con el perjuicio total más bajo para el periodo 1-, el perjuicio total más alto y el perjuicio total intermedio.

Una vez expuesta la prueba que obra en los autos sobre los daños reclamados, vamos a analizar los distintos motivos de oposición de la Administración autonómica, si bien antes conviene recordar que, como se desprende de la jurisprudencia establecida, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993 , 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998 :

a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia. La finalidad ha de ser la de demostrar que la sentencia de la que se disiente, ha incurrido en errónea aplicación de las normas, o en incongruencia, o en inaplicación de la normativa procedente; o en aportar cualesquiera otras razones que tiendan a su revocación con una base sustancial; ya que tal recurso, promotor de una segunda instancia, no tiene por objeto una mera repetición del proceso de la primera instancia ante el Tribunal "ad quem" sino una verdadera revisión de la sentencia apelada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1997 , de 15 de julio y 22 de mayo de 1996 , 24 de octubre de 1995 etc.).

c) Por otro lado, el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediatez y por tanto dispone de una percepción directa de aquellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo.

Asimismo, como ya indicamos en la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 febrero 2012 , « es necesario, en primer lugar, traer a colación la doctrina jurisprudencial que en orden a la valoración de los dictámenes periciales alude a las reglas de la sana crítica. A tal doctrina hace referencia la Sentencia de 2-7-2008 dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, al decir que "ello significa que las conclusiones de los peritos deben ser examinadas depurando sus razonamientos ( sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1988 ), ponderándose atendiendo a su fuerza convincente ( sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1989 , 3 de octubre de 1990 o 31 de mayo y 5 de junio de 1991 , análoga de 30 de junio de 1994 ), y es que la prueba pericial no es una prueba tasada, sino de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica ( sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991 ) ».

Y en la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 31 enero de 2017 , con cita de jurisprudencial del Alto Tribunal, recordamos que « también es necesario recordar que, como declarara la sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 4 de noviembre de 1996 (recurso de apelación 9980/1991 ; ponente, Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos), " **la prueba pericial no transfiere al perito la decisión de los aspectos de la cuestión que exigen conocimientos técnicos, sino que tiene por objeto suministrar al juez que carece de ellos los elementos de conocimiento, estudio o experiencia para que pueda tomar su decisión. El dictamen pericial no puede imponerse exclusivamente por la autoridad dimanante de la profesión o titulación de los peritos, sino, además, por la argumentación convincente de éstos ...**" ».



**DECIMOQUINTO.-** En primer lugar, se indica que la resolución impugnada modifica el concepto por el que se indemniza, de manera que en lugar de "deterioro del dinero invertido" lo denomina "coste de oportunidad".

El auto recurrido indica lo siguiente « 1) *Deterioro del dinero invertido; incluye el actor, en este concepto, el menoscabo de la capacidad del dinero invertido de producir rentabilidad o generar intereses al encontrarse materializado en una obra parada, y para ello parte de los interés devengados desde la paralización de la obra e intereses devengados por las aportaciones realizadas con objeto del auto de 1 de Diciembre de 2006 . Para ello utiliza distintos criterios de cuantificación, bien el interés legal del dinero, y la oportuna actualización según el IPC, o bien los tipos medios de la oferta y demanda del dinero publicados por el Banco de España.*

*Es de destacar que la empresa realizó la inversión con financiación propia y sin acudir a préstamos con garantía hipotecaria de entidades financieras, por lo que los perjuicios que por este concepto se reclaman serían exclusivamente por la inversión realizada en una obra que se encontraba parada, **Estamos pues ante lo que se denomina el coste de oportunidad del dinero invertido en una obra que se ha encontrado paralizada.** Si bien, de entre los criterios que se utilizan para su determinación se opta por el resultante de aplicar el tipo básico bancario, publicado por el Banco de España, criterio éste que ha sido aceptado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA, para cuantifica indemnizaciones, en Sentencias como la de 27 de Julio de 2015, recurso 705/12 , en el que se toma en cuenta el tipo de interés legal dictado por el Banco de España. Conforme a este criterio la cuantía resultante sería de 11.468.732,22 € ».*

No es cierto que se trate de un nuevo concepto, sino simplemente de una aclaración que introduce la juzgadora sobre la razón que justifica el abono de dicha cantidad. La identidad en las cuantías por las que indemniza con el informe pericial pone de manifiesto que no se está otorgando algo distinto a lo solicitado. Cuestión distinta es la fundamentación que el auto aporta sobre la procedencia de dicho concepto, sobre la que este tribunal tiene que disentir.

El informe pericial lo explica de la siguiente manera « *consiste en la evaluación económica del daño efectivamente producido por la acción u omisión de un tercero. El daño emergente corresponde al valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio. Cuando el bien o la propiedad de una persona ha sido dañada o destruida por otra, estamos ante un daño emergente, y la indemnización en este caso será igual al precio del bien afectado o destruido.*

*Efectivamente, en este caso, si bien no se ha producido en la destrucción del inmueble, si se ha producido un menoscabo en la capacidad del dinero invertido de producir rentabilidad o generar intereses dado que se encuentra materializado en una obra paralizada. Dicho de otra manera, el daño emergente en este caso es el deterioro sufrido por el dinero invertido ».*

Pues bien, asiste la razón al letrado de la Junta de Andalucía sobre la duplicidad indemnizatoria que implicaría la aceptación de ambas cantidades, es decir, el abono tanto del deterioro del dinero invertido -que se calcula en el informe, entre otros métodos, con la aplicación del interés legal del dinero- y el lucro cesante. Es cierto que el dinero aportado para la construcción del centro comercial quedó "paralizado" durante el periodo de vigencia de la medida cautelar, **pero no es sostenible afirmar que finalmente no haya generado ningún tipo de rentabilidad. Muy al contrario, si se reconoce que procede el abono del lucro cesante necesariamente se está admitiendo que dicha inversión, finalmente, sí que produjo una ganancia, por lo que, de seguir el criterio de los peritos, se estaría indemnizando dos veces por el dinero aplicado a la construcción del centro** . En otras palabras, estaríamos admitiendo que la inversión generara simultáneamente dos rentabilidades: los intereses del capital aplicado para la ejecución de las obras y, además, las ganancias dejadas de obtener por su paralización, cuando es obvio que de haberse iniciado la actividad comercial no se habrían percibido los intereses derivados del capital invertido. La actora reconoce que pudo afrontar por sí sola los costes de ejecución de las obras, de manera que no tuvo que acudir al mercado financiero y, por tanto, ningún daño directo se le habría irrogado por este concepto; sobre todo cuando, insistimos, finalmente la inversión le ha producido la ganancia que esperaba.

El motivo sera estimado, y en su momento se realizará la oportuna corrección sobre el montante total a indemnizar.

En lo que respecta al coste por vigilancia y seguridad, debemos indicar que se trata de un concepto cuya compensación no ofrece dudas. Es lógico mantener vigilado un inmueble de las dimensiones que nos ocupan, en el que se ha realizado una elevada inversión. A este respecto, en un primer momento fue vigilado por dos personas, y a partir del año 2014 se añadió una tercera. Tampoco parece irrazonable que la obra esté vigilada de manera continua, y dado que un empleado de vigilancia no puede ejercer sus funciones durante más de ocho horas, debemos estimar adecuada la incorporación de un tercer empleado al objeto de desempeñar esta función. De hecho, hubiera sido igualmente lógico que la vigilancia por tres personas se hubiera reclamado desde el mismo inicio de la paralización, en noviembre del año 2006. El reproche realizado por la apelante se



centra en que las nóminas valoradas por el dictamen pericial han sido aportadas por una empresa constructora -Emasa- y no por una empresa de vigilancia, si bien debe aclararse que dicha empresa fue la constructora del centro y lo que hizo fue entregar las nóminas que por este concepto había tenido que sufragar, en el que se identifican con nombres y apellidos de los distintos empleados de seguridad.

En lo referente a la compensación otorgada a Leroy Merlín por la resolución de contrato, tampoco alberga dudas este órgano judicial sobre su calificación como daño emergente. Sobre su acreditación la Administración opone que no existe prueba documental y que para que pudiera afectar a tercero es precisa su incorporación a un registro público, conforme al art. 1227 del CC . Dicho artículo versa únicamente sobre la fecha del contrato, no sobre su eficacia jurídica frente a terceros, y el informe pericial recoge extractos escaneados de tales documentos privados sin que se hubieran impugnado respecto de su autenticidad por la Administración, por lo que conforme al art. 326.1 de la LEC « *Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen* » . Y el citado art. 319 de la LEC indica que « *1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella* » . Conviene recordar que, como se desprende de la STSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 mayo 2003 « *todos estos informes son documentos privados que han sido aportados a la causa en forma de fotocopias simples. Los documentos privados hacen prueba plena cuando su autenticidad no resulta impugnada por la parte a quien perjudica, conforme dispone el art. 326.1 LECiv . La Administración tampoco ha impugnado la exactitud de la reproducción de las reprografías, por lo que según el art. 334.1 LECiv deben tenerse por copia fiel de sus originales* » .

El hecho de que no se haya aportado un extracto bancario que justifique el abono de la indemnización se explica en la folio 19 del dictamen pericial, en el que figura que ambas entidades -la mercantil demandante y Leroy Merlín- llegaron a un acuerdo consistente en que « *dado que no se pudo llevar a cabo la apertura del complejo comercial a finales del año 2007 por la paralización judicial de las obras, motivada por la interposición por la Junta de Andalucía del recurso contencioso administrativo en solicitud de la revisión de oficio del acto de otorgamiento de la licencia de obras del Parque Comercial Nevada, y tras las reuniones mantenidas con ustedes, hemos acordado que en compensación por los perjuicios ocasionados por dicha paralización, GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES, S.A., les indemnizará con el importe de 2.500.000,00.- € (Dos millones quinientos mil euros). Dicha indemnización será abonada mediante la aplicación de una bonificación en la renta del local ubicado en el Parque Comercial Gran Plaza de Roquetas de Mar (Almería), al suspender temporalmente la aplicación de la cláusula 6.1 del contrato de arrendamiento de dicho inmueble* » .

El ente autonómico censura que en el dictamen pericial no se hayan aportado documentos oficiales, contables o financieros, tales como el balance, cuenta de pérdidas y ganancias depositadas en el Registro Mercantil, declaraciones del impuesto de sociedades o documentación bancaria alguna. Entendemos que la metodología aplicada por el informe pericial, así como los datos y documentos que aporta resultan adecuados y razonables, sin que exista ningún precepto que exija la incorporación de los documentos oficiales a los que alude el apelante como requisito para su validez o para otorgarle eficacia jurídica como dictamen pericial, **con independencia de las matizaciones que más tarde realizaremos** . El daño emergente puede ser probado por cualquier medio válido en derecho, pues no existe ninguna norma legal que limite su probanza a determinados cauces tasados; y la actora ha aportado abundante prueba documental que incorpora elementos de notable entidad para considerarlo acreditado. Una vez probado por esta vía, a través de un dictamen que estimamos idóneo -sin perjuicio de lo que más tarde razonaremos-, y, además, el único aportado a los autos, era la Administración la que debió combatirla, para lo que, precisamente, pudo hacer uso de los documentos que ahora requiere, pues por tratarse de registros públicos estuvo en disposición de acudir a los mismos, y, en su caso, oponerlos al objeto de refutar las cantidades utilizadas por el informe pericial. Como señala la STS Sala 3ª de 20 abril 1999 « *al regular el principio de la carga de la prueba, sin estatuir normas valorativas sobre los diferentes medios para acreditar los hechos controvertidos en el juicio, el litigante que reclame dicho cumplimiento debe acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada y la parte oponente ha de establecer los elementos obstativos de la misma* » . De esta manera, es la aplicación del citado art. 217 de la LEC la que nos conduce a estimar acreditado el daño emergente, salvo el deterioro del dinero por existir duplicidad indemnizatoria, como hemos indicado anteriormente.

Finalmente, vamos a precisar que este órgano judicial no comparte las afirmaciones vertidas por el letrado de la mercantil sobre que los fundamentos opuestos por la Administración apelante constituyen una actuación procesalmente fraudulenta, pues sostiene la reclamante que por esta vía se han pretendido introducir las consideraciones contenidas en el informe pericial económico inadmitido por el juzgado. Sin embargo, este tribunal no alberga ninguna duda sobre que el letrado de la Junta de Andalucía ostenta plena legitimidad



para plantear cuantas cuestiones estime oportunas para la defensa de los intereses de la Administración que representa. Cuestión distinta es que, tratándose de aspectos relativos a materias técnico-económicas, deba ser oportunamente valorado que a efecto probatorio no puede otorgársele más valor que la de su opinión subjetiva, digna de respeto, pero sin apoyo en un informe realizado por experto o persona cualificada en la materia, lo que, por otro lado, tampoco exime a este tribunal de su análisis crítico.

**DECIMOSEXTO.-** En relación con el lucro cesante, conviene traer a colación respecto de su definición, compatibilidad con el daño emergente y probanza, la STS Sala 3ª de 28 septiembre 2015 , que razona lo siguiente « *el motivo cuarto de recurso aprecia la infracción del artículo 141.2 de la Ley 30/1992 , y de la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo que desarrolla el concepto de lucro cesante , así como del artículo 217 LEC sobre la carga de la prueba, pues la sentencia recurrida consideró suficientemente acreditado el lucro cesante que reclamó la empresa hidroeléctrica, a pesar de que dicho daño no quedó suficientemente probado, y de que su aceptación contradice la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de acreditar la existencia real del daño, con una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, lo que excluye los simples "sueños de ganancias".*

**En materia de fijación de la indemnización, rige el principio general reiterado por la jurisprudencia de esta Sala de la plena indemnidad o reparación integral a la víctima del daño antijurídico, lo que supone la indemnización de todos los daños y perjuicios sufridos.**

*El principio plena indemnidad o reparación integral, como también reitera la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en la sentencia de 3 de octubre de 2000 (recurso 4305/1996 ) , s **ignifica que la misma se extiende a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, o en los términos del artículo 1106 del Código Civil a las pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener, siempre que tales daños hayan sido oportunamente alegados y probados .***

*No existe, por tanto, ningún impedimento para incluir en la cobertura que proporciona el principio de reparación integral los conceptos de daño emergente y lucro cesante, bien entendido que en ambos casos es exigible la prueba cumplida de la existencia del daño y, en el concreto caso del lucro cesante, precisamente por esa falta de prueba de la realidad del daño, esta Sala, en sentencia de 22 de diciembre de 2004 (recurso 7050/2000 ) y otras, **ha rechazado indemnizar las expectativas remotas, por ser meramente posibles, inseguras, dudosas o contingentes, al estar desprovistas de certidumbre . [...]***

*La Sala de instancia no ha vulnerado la jurisprudencia de esta Sala, antes expuesta, relativa a la exigencia de la prueba de la realidad del daño, pues en este caso no puede hablarse de expectativas remotas o meramente posibles, sino que la actuación administrativa antijurídica ha ocasionado una verdadera pérdida de ganancias o lucro cesante, apreciando que nos encontramos ante unos ingresos seguros, y no meramente contingentes, **lo que estimó acreditado la sentencia recurrida por el dictamen pericial acompañado a la demanda [...] sin que la Administración recurrente haya acreditado la falta de acierto o la equivocación del dictamen pericial en este punto.***

*Por otro lado, tampoco puede apreciarse infracción del artículo 217.2 LEC , que asigna al actor "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", pues la parte demandante presentó, en apoyo de sus pretensiones, la prueba documental acompañada a la demanda y un dictamen o informe técnico sobre la extensión y cuantía de los daños derivados de las actuaciones y resoluciones de la Generalitat de Catalunya que se indican, elaborado por un ingeniero de caminos, canales y puertos, más un anexo a dicho informe aportado en periodo probatorio, cuyas conclusiones en relación con la producción de los daños y, parcialmente en relación con su extensión, fueron aceptadas por la sentencia recurrida.*

*La sentencia impugnada estimó que la parte recurrente, mediante la prueba aportada al proceso y especialmente el dictamen sobre cuantía de los daños citado, había acreditado debidamente los perjuicios, **razonando además (FJ 8º), a fin de corroborar su conclusión valorativa, que la Administración no había contradicho la prueba de la parte recurrente, limitándose "a negar la cantidad solicitada pero sin aportar prueba consistente de ello", lo que no significa, como alega la parte recurrente, una alteración de las reglas de la carga de la prueba del artículo 217.2 LEC , sino justo lo contrario, la constatación de que la parte recurrente en la instancia había cumplido con la tarea de probar los hechos que servían de fundamento de su pretensión, aunque limitadamente en cuanto a la cuantía de la indemnización que reclamaba, y de que la Administración demandada, que conoció la prueba aportada por la contraparte sobre la cuantía de los daños, no hizo uso de su facultad de proponer y practicar prueba sobre dicho particular, que contrarrestase o limitase los extremos acreditados por la parte recurrente ».***

En el caso objeto de estudio, ya hemos descrito en el ordinal decimocuarto el contenido y metodología del informe pericial aportado por la demandante y, asimismo, que de contrario no se ha practicado prueba pericial tendente a desvirtuar su resultado. No se desconoce la doctrina jurisprudencial que establece respecto de la





prueba del lucro cesante ( STS Sala 3ª de 23 marzo 2010 ) que « *no es ciertamente tarea fácil la prueba del lucro cesante, al ser exigible no sólo la preexistencia del hecho del cual deriva la ganancia esperada, sino también la de que la ganancia sería obtenida con seguridad, ya que están excluidas, con arreglo a la precitada jurisprudencia del Tribunal Supremo, las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, en definitiva desprovistas de la certidumbre necesaria que conlleve la certeza de la ganancia dejada de obtener* ».

En efecto, la jurisprudencia ha exigido un especial rigor para la acreditación de las ganancias dejadas de obtener, al objeto de evitar que, por este vía, se pretenda la obtención de ingresos contingentes, eventuales o hipotéticos. Sin embargo, nos encontramos ante una empresa cuyo objeto social, como se desprende del informe pericial, es « *la promoción y explotación de grandes centros comerciales ubicados tanto dentro del territorio nacional como en el exterior* ». Es un dato incontrovertido que dicha empresa comenzó la construcción de un centro comercial y, una vez que había alcanzado un elevado grado de ejecución, las obras fueron paralizadas en virtud de una medida cautelar adoptada en un procedimiento contencioso-administrativo que, finalmente, fue desestimado. En caso de que las obras no hubieran sido objeto de paralización, es lógico deducir que, una vez finalizadas, el centro comercial habría iniciado su actividad económica -consistente en el alquiler de locales a otras empresas- y le habría generado beneficios.

Para acreditar este hecho, la entidad mercantil aporta los datos de otros cuatro centros comerciales, de los que también es titular, que si bien se hallan ubicados en localidades distintas presentan unas circunstancias demográficas y de PIB per capita muy similares.

De esta forma, este tribunal conviene con el auto recurrido en que se ha probado el lucro cesante, y que éste vendría referido a las ganancias que habría podido obtener la entidad mercantil en el caso de que las obras no hubieran sido suspendidas, como consecuencia de la renta de locales comerciales en el centro.

Sentado lo anterior, la apelante indica que la metodología aplicada no es la correcta, pues se utilizan factores de localización geográfica de centros comerciales y metros de explotación de las superficies muy diferentes. En cuanto al ámbito poblacional, el dictamen pericial señala que todos los centros se hallan ubicados en zonas de influencia de entre 300.000 y 600.000 personas, sin que sea exigible la utilización de los datos de un centro comercial que sea absolutamente coincidente respecto de su ámbito demográfico; en cuanto a la capacidad adquisitiva, el letrado de la mercantil da cumplida respuesta a esta cuestión al aportar los datos de la Fundación de Estudios Económicos (FEDEA), tomando como referencia el año 2007, de cuya lectura se desprende que el PIB per capita de Granada es 3.112 euros superior al de las otras localidades donde se hallan los centros comerciales utilizados por el informe; finalmente, respecto de que no se haya valorado el hecho de la apertura de otros centros comerciales en Granada durante ese periodo, el escrito de contestación al recurso de la sociedad demandante aporta los datos de la Asociación Española de Centros Comerciales y Parques Comerciales, del que se desprende que Andalucía se encuentra por debajo de la media de densidad de España, y que, incluso comparándola con la ciudad de Málaga (de la que también se ha tenido en cuenta los datos de un centro comercial) los metros cuadrados de grandes superficies por habitante son superiores a los de Granada. Finalmente, no se ha alegado ni acreditado por la apelante que en Almería, Mataró o Málaga no se hayan abierto otros centros comerciales durante los casi ocho años de paralización de las obras, al igual que ha ocurrido en la ciudad de Granada. En definitiva, debemos concluir que resulta idónea y proporcional la metodología aplicada en el informe pericial.

En relación con las ganancias dejadas de percibir respecto de Leroy Merlín por la no apertura de superficies, en el folio 40 del informe pericial se incluye el apartado del contrato suscrito con dicha mediana superficie en el que se establece que el precio a abonar por los 11.802 metros cuadrados que va a ocupar en el centro será de 931.568,76 euros anuales, por lo que entendemos que resulta lógico aplicar dicho precio a los meses de paralización del centro para obtener el lucro cesante. No señala el apelante qué otros métodos habrían resultado más idóneos para obtener la citada ganancia. También debemos señalar que como documento nº 17 se aporta en el dictamen el folio del contrato suscrito por la mercantil con Leroy Merlín, donde se refleja el precio que habían pactado y que, por tanto, habría percibido la actora en concepto de alquiler si hubiera podido dar inicio a su actividad, sin que de contrario se haya impugnado su autenticidad -ex art. 326.1 de la LEC - de aplicación supletoria a la jurisdicción contencioso-administrativa. A este respecto, el auto impugnado señala « *En primer lugar, y alterando el orden de las cuestiones planteadas, con relación al lucro cesante reclamado por la no apertura de superficies, la pretensión del actor se basa en un contrato suscrito por la misma con la Leroy Merlin SA en el que se establecía una renta variable y una renta fija. Dado que se basa únicamente en la fija, el perjuicio por lucro cesante es fácilmente determinar sin que pueda considerarse en este caso una conjetura o hipótesis* », sin que por este órgano judicial se considere ilógica, arbitraria o absurda, dado que al no haberse abierto el centro comercial en ese momento no podían tenerse en cuenta rentas variables que pudieran depender de la cifra de ventas.



En lo que concierne al lucro cesante por la no percepción de las rentas de alquiler y stands, critica la Administración la aplicación que la juzgadora realiza del art. 217 de la LEC, pues, a su juicio, supone la automática admisión de todo informe que no tenga otro de contrario. De la lectura del auto se desprende que la aceptación del informe pericial no se debe, únicamente, a la inexistencia de otro de contrario, sino que cabe deducir que de forma inherente acepta, conforme a las reglas de la sana crítica, la metodología, datos y parcialmente sus conclusiones, que previamente había relacionado de forma detallada, y que este órgano judicial comparte, con las salvedades que más tarde indicaremos. Además, conviene tomar en consideración lo razonado en la STS Sala 3ª de 28 septiembre 2015, anteriormente aludida, que sobre un supuesto similar en este aspecto indica *« la sentencia impugnada estimó que la parte recurrente, mediante la prueba aportada al proceso y especialmente el dictamen sobre cuantía de los daños citado, había acreditado debidamente los perjuicios, razonando además (FJ 8º), a fin de corroborar su conclusión valorativa, que la Administración no había contradicho la prueba de la parte recurrente, limitándose "a negar la cantidad solicitada pero sin aportar prueba consistente de ello", lo que no significa, como alega la parte recurrente, una alteración de las reglas de la carga de la prueba del artículo 217.2 LEC, sino justo lo contrario, la constatación de que la parte recurrente en la instancia había cumplido con la tarea de probar los hechos que servían de fundamento de su pretensión, aunque limitadamente en cuanto a la cuantía de la indemnización que reclamaba, y de que la Administración demandada, que conoció la prueba aportada por la contraparte sobre la cuantía de los daños, no hizo uso de su facultad de proponer y practicar prueba sobre dicho particular, que contrarrestase o limitase los extremos acreditados por la parte recurrente ».*

Ya hemos visto que en apelación sólo es dable la corrección de las pruebas valoradas en instancia cuando se demuestre que parten de una apreciación irrazonable, absurda o ilógica. La juzgadora ha valorado como cierto el dato de que la fecha de inauguración del centro comercial era el mes de octubre de 2007, que conforme al informe pericial era la prevista durante la ordinaria construcción del centro, y, por tanto, la más probable en caso de que finalmente no hubiese sido paralizado.

El ente autonómico apelante sostiene que tal fecha no puede tomarse como cierta, habida cuenta que para la apertura final del centro todavía era precisa la obtención de: licencia de edificación y actividad, certificación final de obra y licencia de utilización. Entendemos que, de ser cierta dicha afirmación, en absoluto puede descartarse que en el plazo de nueve meses que le restaba al centro para su apertura (desde noviembre de 2006, fecha de la paralización, a octubre de 2007) hubiera podido obtener tales documentos.

También se plantea por la Administración apelante que, tras el levantamiento de la medida cautelar, la mercantil tardó 30 meses en concluir las obras. Sin embargo, hay que advertir que: por un lado, a dicho plazo hay que restarle los nueve meses que faltaban desde la paralización hasta la fecha prevista para su inauguración, por lo que tal demora sería de 21 meses; en segundo lugar, y más importante, este órgano judicial entiende que no es sostenible llevar a cabo una ficticia traslación matemática de este periodo -21 meses- a noviembre del año 2006, pues es obvio que tras la paralización fue necesaria la realización de numerosas actuaciones encaminadas a situar al centro en la fase de construcción a pleno rendimiento en que se encontraba en la fecha de suspensión. Una vez alzada la medida tuvieron que eliminarse aquellas obras que se habían realizado para el aseguramiento y protección de la obra, tras la previa obtención de presupuesto y negociación con la empresa pertinente; a continuación, la entidad debió negociar la continuación de las obras, tras casi ocho años de suspensión, lo que atendiendo a la magnitud de la construcción requeriría un dilatado periodo de negociación, y que, posteriormente, la citada empresa hiciera acopio de los elementos personales y materiales para su conclusión; finalmente, no puede descartarse que el promotor del centro decidiera una determinada fecha de inauguración por motivos de oportunidad económica o empresarial, sin que le fuera exigible su inmediata apertura tras la conclusión de las obras.

En consecuencia, los distintos argumentos con los que se ha pretendido combatir la valoración probatoria de la juzgadora resultan insuficientes para evidenciar su carácter ilógico o irracional, por lo que este tribunal debe estimar probada la fecha prevista de inauguración.

Por el contrario, debemos disentir de la valoración que realiza la juzgadora del periodo objeto de indemnización. Al detallar el dictamen pericial hemos expuesto que parte de la valoración de dos posibles periodos: periodo 1, que transcurre de noviembre de 2006 a abril de 2014; y periodo 2, desde octubre de 2007, fecha prevista para la inauguración, a abril de 2015, que es cuando se realizó el dictamen pericial. Atendiendo a que por esta vía sólo es posible impetrar el daño originado de forma directa por la medida cautelar, y que estamos valorando el lucro cesante, no parece razonable situar el plazo de generación de ganancias en noviembre de 2006, pues en tal fecha el centro comercial se encontraba en construcción; ni tampoco extenderlo a la fecha de confección del informe, lo que carece de sustrato lógico.

Tras la valoración de las circunstancias relatadas, **estimamos más ajustado al periodo real de generación del lucro cesante considerar la fecha de inicio en octubre de 2007 y el mes de finalización el de enero de**



**2015, ambos incluidos** . Esta última fecha la extraemos de que, si bien la medida cautelar fue alzada en mayo de 2014 (aunque la sentencia es de 28 de abril de 2014 , entendemos que la notificación y consiguiente alzamiento de la medida no se haría efectiva hasta el mes siguiente), el daño cuyo resarcimiento se solicita es el directamente vinculado a la paralización de las obras, y, por las razones que expusimos con anterioridad, es imposible pretender la inmediata continuación de las obras al día siguiente del alzamiento de la suspensión. De la prudente ponderación de las consideraciones aludidas previamente, colegimos que el periodo que debió necesitar la mercantil para continuar unas obras como las que nos ocupan con el mismo nivel de rendimiento que mantenía a la fecha de la paralización es de nueve meses, lo que totaliza un lucro cesante de 7 años y 4 meses (88 meses), dos meses menos que los reconocidos por la juzgadora.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Finalmente, vamos a proceder al estudio de la ausencia de valoración de los gastos por parte del auto recurrido, a los que alude el apelante tanto en el folio 17 de su escrito como en el folio 48, con carácter subsidiario.

El análisis del dictamen pericial pone de manifiesto que, si bien ya hemos reiterado que se trata de un informe adecuado al objeto de aportar criterios de fijación del importe de lucro cesante sobre la base de una metodología y datos idónea, no por ello se sustrae el examen y valoración crítica del juzgador. Desde esta perspectiva, debemos convenir con el letrado de la Junta de Andalucía en que concurren determinados elementos que nos conducen a no aceptar de forma íntegra la valoración realizada por la auto impugnado.

Por un lado, el dictamen pericial indica que « *no hay gastos ya que éstos se repercuten a los inquilinos en la factura, estando perfectamente separadas la renta y dicha repercusión* ». Pese a la notable trascendencia de dicha afirmación, no se aporta ningún contrato que justifique dicha afirmación. La demandante tenía una indudable mayor facilidad probatoria para acreditar que ésta era la forma habitual de funcionamiento de su empresa. En todo caso, que los gastos se repercutan no significa que se trate de ganancias, pues el dinero obtenido irá destinado precisamente a sufragarlos. La gestión de un centro comercial de las dimensiones del centro comercial Nevada exige toda una serie de gastos de mantenimiento, publicidad, abono de las facturas de agua y luz, administración, vigilancia, limpieza de las zonas comunes, imprevistos o tributarios, sobre las que ninguna referencia se realiza en el informe objeto de análisis. Insistimos, se trataba de una cuestión de fácil prueba que tales gastos no eran sufragados por el titular del centro comercial, y, sin embargo, no aparece acreditado en los autos.

La lectura del bloque de documentos nº 8 a 12 evidencia que se reflejan únicamente los ingresos que se obtienen por local en cada uno de los cuatro centros comerciales que se han utilizado como referencia, con inclusión del número de metros cuadrados y el coeficiente que le corresponde, pero no se concreta qué cantidad -de forma separada, tal y como se indica en el informe- se halla destinada a sufragar los gastos. Sobre este extremo, la ausencia de los contratos originales o facturas impide asegurar que en los ingresos relacionados se haya excluido.

En definitiva, convenimos con la Administración en que la ausencia de valoración de los gastos, unida a la falta de prueba de las afirmaciones sobre su supuesta inexistencia, **exige realizar una corrección de los datos reflejados en el dictamen pericial** . Ante esta incertidumbre sobre el reflejo real de los citados gastos en el dictamen, este tribunal en otras ocasiones ha indicado -así, sentencia del TSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) nº 920/2016, de 28 marzo - que « *es por ello que, dentro de los límites del principio de congruencia, que permite establecer la indemnización entre lo máximo pedido y lo mínimo aceptado (cero euros), es procedente moderar la cantidad que se ha fijado en Sentencia, y establecer un importe de indemnización, que se fija por la Sala en base a los datos obrantes en el proceso y a los casos similares resueltos por este Tribunal* », por lo que procede realizar una moderación de la cuantía reclamada por este concepto.

Haciendo uso de la sana crítica, conforme al art. 348 de la LEC , este tribunal **considera prudente y ajustada a las consideraciones vertidas anteriormente la reducción del concepto fijado como lucro cesante en un total de 17%**.

De esta manera, el recurso de la Administración andaluza será parcialmente estimado.

**DECIMOCTAVO.**- En cuanto al recurso de apelación de la entidad mercantil, principia con la crítica del tipo de interés aplicado para el cálculo del "deterioro del dinero" como daño emergente, pues a su juicio la recurrente debió estar al interés legal.

El concreto concepto indemnizatorio que nos ocupa ya ha sido expresamente rechazado en nuestro ordinal decimoquinto, por lo que huelga el estudio del tipo que resulta de aplicación.

En lo que concierne a la incoherencia interna del auto al aplicar el "peor de los escenarios", del análisis del informe pericial se desprenden tres posibles escenarios respecto del lucro cesante: perjuicio total más bajo:



157.418.816,26 euros para el periodo 1 y 158.996.495,70 euros para el periodo 2; para el perjuicio total más alto, 219.768.053,62 euros en cuanto al periodo 1 y 260.555.259,08 para el segundo; perjuicio total intermedio, que distingue entre 219.768.053,62 euros respecto del periodo 1 y 221.981.708,44 para el periodo 2.

Ya hemos visto anteriormente que este tribunal no acepta los periodos valorados por la juzgadora de instancia. Ahora bien, los distintos escenarios se han calculado en atención a cuatro variables, como es la media del mes de apertura de cada centro, mes de octubre de 2007, mes de octubre de 2011 **y la media de los anteriores**.

Bien es cierto que existe una consolidada doctrina jurisprudencial, que con acierto invoca la juzgadora, sobre el carácter prudente y riguroso con que deben valorarse los distintos conceptos que podrían integrar el lucro cesante, al objeto de evitar "sueños de fortuna" o ganancias meramente hipotéticas o eventuales. En este sentido, entre otras, se puede citar la STS Sala 3ª de 15 noviembre 2002, que señala que « *es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones según la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997, Sala Tercera, Sección Sexta* :

*a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes.*

*b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.*

*c) De acuerdo con la jurisprudencia tanto en el caso de lucro cesante como en el del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios ».*

Sin embargo, la proyección de la citada doctrina jurisprudencial no puede llevar aparejada la aplicación automática y acrítica de la menor de las ganancias posibles, en el peor escenario de los que pudiera presentar la reclamante. Una vez acreditado el daño y su relación de causalidad con la medida, **los citados criterios de prudencia deben ser ponderados para inferir la existencia o no de los distintos conceptos que podrían motivar el lucro cesante. Pero una vez acreditados los mismos, como estima el auto de la juzgadora y este tribunal comparte, lo que procede es su exacta determinación con rigor y en atención a criterios racionales, que no pueden pasar por imponer al perjudicado la situación de ganancia más baja de las posibles**. No existe ninguna razón que avale que durante los años que duró su paralización el centro comercial Nevada debería tener unos ingresos equivalentes al mes de apertura de los cuatro centros que han servido de contraste, que claramente fue el mes de menores ingresos.

En este punto, compartimos lo razonado por la mercantil y estimamos más ajustado a las circunstancias del caso y a la propia metodología utilizada por el dictamen -aceptada por la juzgadora y confirmada por este tribunal- **la de atender a la media de las ganancias de los cuatro centros, toda vez que aporta un reflejo más fiel y ponderado de cuál podría haber sido el lucro dejado de obtener por la actora**.

El recurso de la entidad mercantil será parcialmente estimado.

**DECIMONOVENO.-** En relación con el abono de las costas procesales, considera la sociedad reclamante que el auto yerra al no imponer su abono a la Administración. Argumenta que su pretensión era una "obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la suspensión jurisdiccional de la licencia de obras", y añade que puesto que fue expresamente reconocido tanto el derecho a la indemnización como una de las cantidades propuestas, sus pretensiones ha sido íntegramente estimadas. Finalmente añade que no existen serias dudas de hecho o de derecho.

El motivo no será acogido. El ordinal sexto del auto impugnado indica lo siguiente « *De conformidad con el artículo 139 de la LJCA las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido completamente desestimadas, salvo que se aprecien dudas de hecho que justifiquen su no imposición. En el presente caso se ha estimado la pretensión subsidiaria formulada por el recurrente, pero no la pretensión principal, por lo que no se han estimado íntegramente las pretensiones del actor quien formula cuatro pretensiones subsidiarias de muy distinto importe, lo que justifica la no imposición de las costas procesales. Pero así mismo debe tenerse en cuenta, que en relación a los distintos importes que se reclaman, la cuestión suscitaba dudas de hecho que justifican la no imposición de las costas procesales* ».

De esta manera, al margen del análisis sobre si las pretensiones fueron efectivamente concedidas o no en su integridad, conforme al ATS Sala 3ª de 5 junio de 2012, en relación con las serias dudas de hecho o de derecho es « *preciso que aquéllas revistan una entidad tal que justifique la exención* »; y en el supuesto objeto





de estudio la juzgadora ha entendido que el análisis de las cuestiones fácticas discutidas revestía una notable entidad, lo que a juicio de este órgano judicial no resulta irrazonable.

El motivo no será estimado.

**VIGÉSIMO.-** En lo que concierne a los argumentos esgrimidos por la Administración autonómica para combatir el recurso del apelante, en puridad consisten en una reiteración de los ya expuestos en su recurso de apelación, por lo que antes se encuentran dirigidos a combatir, nuevamente, el auto, que a desvirtuar lo razonado por la entidad mercantil. De esta manera, entendemos que todas las cuestiones suscitadas en la contestación al recurso ya han recibido respuesta en nuestros anteriores ordinales.

En todo caso, vamos a indicar que en esencia son tres las impugnaciones que realiza la mercantil, y a las que correlativamente se opone la Administración en su contestación:

1.- La aplicación del tipo de interés al "deterioro del dinero", que ya hemos rechazado, por lo que no procede entrar a analizar lo expuesto por la Administración en la contestación al recurso

2.- La aceptación injustificada del peor de los escenarios posibles. Sobre este particular, aduce el ahora apelado que no se cita ninguna normativa infringida, pero ni es preceptiva dicha cita para que se pueda entrar a valorar el contenido de la supuesta infracción, ni parece razonable exigirla cuando lo que se discute es la racional valoración del contenido de un informe económico.

A continuación critica que el letrado de la mercantil censure la falta de fundamentación sobre el escenario escogido, pero, en puridad, pretende combatirlo mediante el reiterado argumento de que esa misma falta de fundamentación es predicable sobre por qué el auto concede el lucro cesante, por lo que nuevamente centra sus esfuerzos argumentativos en la apelación del auto recurrido, sobre el que ya hemos dado respuesta.

Añade que, conforme a la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de realizar una prudente valoración del lucro cesante, el auto no debió conceder tal concepto; y, en caso de estimarlo procedente, esa misma "prudencia" debe conducir a la aceptación del peor de los escenarios. Sobre este particular hemos razonado que si bien es cierto que los distintos elementos generadores del lucro cesante deben ser valorados con criterios estrictos al objeto de evitar el otorgamiento de ganancias hipotéticas o contingentes, una vez probado el hecho que da lugar al lucro cesante su fijación debe realizarse con rigor, y bajo el único criterio de obtener su exacto y justo importe. La interpretación ofrecida por el ahora apelante supondría que, de forma automática, el lucro cesante que siempre debería reconocerse sería el más bajo atendible, lo que carece de una sólida justificación.

3.- Finalmente se opone a la imposición de las costas generadas en primera instancia, tal y como solicita el letrado de la mercantil, y que hemos abordado en el anterior ordinal, por lo que huelga su análisis.

**VIGESIMOPRIMERO.-** En conclusión, vamos a distinguir entre daño emergente y lucro cesante.

Para determinar el importe del daño emergente debemos eliminar el concepto de "deterioro del dinero", y aceptar sus restantes elementos, lo que arroja un resultado de: 2.999.101,87 euros.

En cuanto al lucro cesante, partimos como fecha inicial del mes de octubre de 2007 y como final el mes de enero de 2015, ambos incluidos, lo que supone un total de 88 meses, es decir, 7 años y 4 meses. Puesto que las ganancias mensuales en el escenario de la media de los ingresos de los centros es de 2.136.024,09 euros, el resultado del lucro cesante es de euros 187.970.120 euros. Es preciso minorar la citada cantidad, conforme a lo razonado en el ordinal decimoséptimo, en un 17%, por lo que la ganancia por lucro cesante sería de 156.015.199,53 euros.

A dicha suma procede añadirle la cuantía debida por stands, que, conforme al folio 41 del informe pericial, la media de los cuatro centros por esta ganancia es de 159.972,08 euros. Por este concepto se solicita un máximo de 959.832,49 euros por seis años, que habida cuenta que el periodo valorado es superior y no podemos otorgar más por este concepto, será concedido en su integridad.

Respecto de Leroy Merlin, se parte de la renta fija de 931.568,76 euros anuales -es decir, 77.630,73 euros mensuales- lo que aplicado a 88 meses supone una indemnización de 6.831.504,24 euros, y tras reducir un 17% debe entenderse como 5.670.148,52 euros.

Todo ello arroja un montante indemnizatorio total de 165.644.282,41 euros.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** De conformidad con el art. 139.2 de la LJCA, no procede hacer expreso pronunciamiento sobre la condena en costas.

**FALLO**



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido, con revocación del auto recurrido:

- 1.- **Estimar parcialmente el recurso interpuesto por el letrado de la Junta de Andalucía**, en lo concerniente a la eliminación del concepto del "deterioro del dinero" del daño emergente.
- 2.- **Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la entidad mercantil General de Galerías Comerciales, S.A.**, y, declaramos el derecho de la citada sociedad a ser indemnizada por la Junta de Andalucía en la cantidad de 165.644.282,41 euros.
- 3.- No procede hacer expreso pronunciamiento sobre la condena en costas.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora. **Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia**, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 2069000024, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.