



Roj: **STSJ M 6203/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:6203**

Id Cendoj: **28079330022019100363**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **10/07/2019**

Nº de Recurso: **1023/2017**

Nº de Resolución: **512/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE DANIEL SANZ HEREDERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.45.3-2012/0023014

RECURSO DE APELACIÓN 1023/2017

SENTENCIA NÚMERO 512

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores :

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. María Soledad Gamo Serrano

En la Villa de Madrid, a diez de julio de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 1023/2017, interpuesto por la mercantil PROMATOL, S.L., representada por la Procuradora D^a. Cristina Méndez Rocasolano, así como por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por Letrado Consistorial, contra la Sentencia dictada el 30 de junio de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 29 de los de Madrid , recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 105/2012. Ha sido parte apelada la Cia. Aseguradora ZURICH INSURANCE PLC, Sucursal en España, representada por la Procuradora D^a. M^a. Esther Centoira Parrondo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la recurrente PROMATOL, S.L. y por el



AYUNTAMIENTO DE MADRID, en el plazo de los quince días siguientes, que fueron admitidos en ambos efectos, acordándose dar traslado de los mismos a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación los días 6 de junio de 2019, que se prolongó a los días 13 y 20 de junio de 2019 y 4 de julio de 2019, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia dictada el 30 de junio de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 29 de los de Madrid , recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 105/2012 por la que:

A.- Con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil PROMATOL, S.L. contra (i) el decreto de la Delegación del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 30 de agosto de 2012, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo órgano administrativo de fecha 22 de marzo de 2012, que desestimaba su reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el día 22 de abril de 2009 por daños y perjuicios ocasionados por el retraso en resolver su solicitud de concesión de licencia para construir un edificio de nueva planta en la calle Pilar de Zaragoza nº 59 c/v a la calle Picón nº 27 de Madrid (que dio lugar al PO nº 105/12; y (ii) la desestimación presunta, por silencio administrativo de la Delegación del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo órgano administrativo de fecha 10 de junio de 2013, que declaraba inadmisibile la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el día 2 de enero de 2013 por la negativa a conceder la susodicha licencia de obras;

B.- Condena al Ayuntamiento de Madrid a pagar a la recurrente la cantidad de 1.573.139,35 € " en concepto de daños y perjuicios por la imposibilidad de construir un edificio de nueva planta en la calle pilar de Zaragoza nº 59 c/v a la calle Picón nº 27 de Madrid, más el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación administrativa (22 de abril de 2009) . Todo ello sin hacer imposición de costas a ninguna de las partes, de manera que cada una de ellas deberá pagar las causadas a su instancia y las comunes a partes iguales " .

En la expresada Sentencia se razona la obligación del Ayuntamiento de Madrid de indemnizar los daños y perjuicios causados a la mercantil recurrente en los términos siguientes:

" *III.- La verdad de todo ello es que si la edificación no se llevó a cabo no fue tanto por la tardanza en resolver el AYUNTAMIENTO DE MADRID la licencia urbanística, como por la presión popular que se originó en la calle contra la ejecución del proyecto de edificación de la parcela y el problema político que se originó como consecuencia de ello. Ni aun aprovechando la demandante el silencio positivo, una vez que el proyecto contaba con todos los informes favorables, se hubiera atrevido a edificar en la parcela, como lo prueba que nunca quiso ejercer ese silencio.*

Y es que, como consta por todos los informes del expediente administrativo y por la prueba testifical de este proceso, aunque el proyecto de edificación se atenía a las normas urbanísticas, y en concreto al plano parcelario de la calle aprobado con el PGOU, la parcela que pretendía edificar PROMATOL S.L. en la calle Pilar de Zaragoza nº 59 de Madrid excede unos seis metros de la alineación de la calle; y los vecinos, al tener conocimiento de la tramitación de la licencia, originaron un movimiento vecinal con la consiguiente presión a todos los grupos políticos municipales para evitar que con la edificación proyectada se mantuviera por más tiempo la anómala e injustificada alineación de la calle aprobada por el planeamiento urbanístico.

Lo que dio lugar a negociaciones del AYUNTAMIENTO DE MADRID con la demandante para la permuta de la parcela por otra, que interesó a ésta última, si bien no pudo celebrarse el contrato porque no estaba ésta en condiciones de liberar la carga hipotecaria que pesaba sobre la finca de la calle Pilar de Zaragoza nº 59 que tendría que transmitir al AYUNTAMIENTO DE MADRID en virtud de la permuta.



Consecuencia de todo ello es que al final, por la presión vecinal, la concesión de la licencia no se firmó por el Gerente de Distrito, la demandante no se atrevió a ejecutar la obra proyectada amparada en el silencio positivo y, ante las dificultades financieras por la paralización del proyecto, se ejecutó el préstamo hipotecario y la demandante perdió la parcela y se frustró el proyecto de edificación.

IV.- Estos son los hechos y plantean el problema de si la demandante tiene derecho a que se le indemnicen los daños y perjuicios y en caso positivo con qué alcance.

V.- La frustración del proyecto de la demandante está en que, aunque se le hubiera concedido diligentemente la licencia de edificación, no se habría atrevido siquiera a ejecutar el proyecto edificatorio por la presión vecinal que suscitó. Lo prueba el hecho de que la demandante conocía que el proyecto había sido informado favorablemente (reconoce que conoció por internet la propuesta de resolución favorable a la concesión de la licencia), así como que había un movimiento vecinal bastante combativo opuesto al mismo y ni tan siquiera se atrevió a ejercitar el silencio administrativo, hasta el punto de que entró en negociaciones con el Ayuntamiento para la permuta de la parcela en que poder materializar el proyecto.

No obstante lo cual, cabe apreciar un funcionamiento anormal en los servicios públicos del AYUNTAMIENTO DE MADRID a la hora de planificar urbanísticamente la alineación de la calle Pilar de Zaragoza y mantener en los planos integrantes del planeamiento aprobado una ruptura de todo punto anómala e irracional en su alineación, justo en la parte de la parcela de la demandante, cuyo proyecto de edificación acorde con el planeamiento urbanístico suscitó un fuerte rechazo social, un movimiento de oposición vecinal contundente cuando se tuvo noticia de que estaba en trámite la licencia para edificar el solar, que el AYUNTAMIENTO DE MADRID no estaba en condiciones de afrontar si concedía expresamente la licencia, puesto que ese movimiento vecinal fue apoyado por los otros grupos políticos del Ayuntamiento y creó un serio problema político al partido gobernante que no podía solucionar sino invitando a la demandante:

-bien a retranquear la parcela para mantener una alineación razonable de la calle, haciendo inútil la edificación que había proyectado con arreglo a los planos del planeamiento aprobado, o

-bien a aceptar una permuta que finalmente no se pudo llevar a cabo por no estar en condiciones PROMATOL S.L. de levantar la hipoteca que pesaba sobre dicha parcela y que en virtud de la permuta debería pasar al Ayuntamiento.

Ello constituye un funcionamiento anormal de los servicios públicos del AYUNTAMIENTO DE MADRID que le obliga a indemnizar los daños y perjuicios de la demandante con arreglo al art. 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la planificación urbanística de una calle que suscitó, cuando se informó favorablemente el proyecto de edificación propuesto por la demandante con arreglo a dicha planificación, un fuerte movimiento vecinal de rechazo a mantener la alineación anómala prevista en el planeamiento urbanístico de la calle y que ha sido el que a la postre ha impedido que la demandante, ni aun con el silencio positivo que podría haber invocado y al final se le declaró expresamente, haya llevado a cabo su proyecto de edificación.

Lo cual obliga a determinar el daño emergente y el lucro cesante que procede indemnizar a PROMATOL S.L. ".

Y ya en relación con la determinación de los daños y perjuicios indemnizables, razona que:

" VI.- De entrada, el primer daño emergente a considerar son **los gastos del proyecto del edificio**, que forzosamente se tuvo que presentar al Ayuntamiento para obtener la licencia.

Si la obra no se ejecuta devienen inútiles y tendrán que indemnizarse.

Y así, se aceptan los gastos que para su elaboración recoge el perito designado en el proceso (página 6 del informe), si bien quitando de ellos:

-los relativos a excavaciones (1.230,11 Euros), que no es posible llegaran a realizarse si las obras no se llegaron a ejecutar en ningún momento;

-la tasa de deslinde y alineaciones (232,40 Euros), que no se justifica;

-la cédula urbanística (79,95 Euros), dado que la información sería correcta a la vista de los planos del planeamiento aprobado y en cualquier caso es una mera diligencia informativa para saber las posibilidades de edificación del solar, que en nada tiene que ver con todo lo que pasó después;

-la tasa de licencia de obras (1.520,35 Euros), que consta en el expediente que le fue devuelta; y la

-fianza por la correcta ejecución de servicios públicos (2.235,72 Euros), que no consta se prestara y, si la obra no se llegó a iniciar, no tiene más que solicitar su devolución la demandante ante quien la prestara, si es que ello se llegó a hacer.



Por tanto, por el concepto de **gastos del proyecto del edificio** tiene derecho la demandante a que se le indemnice en la cantidad de 75.474,61 Euros.

No procede indemnización alguna en concepto de daño emergente por **gastos administrativos** (4.498,56 Euros) a que se alude en la misma página el informe del perito judicial, así como la siguiente (22.492,82) si como reconoce el propio perito no existe documentación individualizada de la promoción, ni por tanto que se hiciera gasto alguno en tal sentido.

No cabe acoger tampoco como daño emergente los honorarios profesionales de Abogado en el capítulo de gastos derivados de la ausencia de licencia urbanística, ni de arreglo de desperfectos de valla (página 7 del informe) (67.863,76 Euros) por no ser preceptiva la actuación profesional del primero en expedientes administrativos, ni tener relación el estado de la segunda con la falta de realización de las obras, ni con servicio público alguno del Ayuntamiento.

Como tampoco procede indemnizar en cantidad alguna por Impuesto sobre Bienes Inmuebles o tasa de residuos urbanos (3.627,54 Euros) de los ejercicios 2007 a 2009, puesto que gravan el mero hecho de la propiedad del inmueble o la prestación de servicios de limpieza al solar y éstos corren exclusivamente a cargo de PROMATOL como propietaria del mismo, dado que las cuotas de unos y otros tributos no gravaron más que el solar, puesto que la demandante lo compró sin edificar y corría a su cargo el pago del impuesto mientras lo tuvo en su propiedad. Tendría que haber pagado el impuesto se hiciera o no se hiciera la obra.

Mención aparte merecen los gastos de novación de hipoteca o de deuda bancaria por el impago de la hipoteca de la página 7 del informe, que procede tratar con lo relativo a la pérdida del solar.

VII.- Por la escritura de propiedad que obra a los folios 15 a 31 del expediente administrativo, el inmueble se compró el 16 de Marzo de 2007 sin edificar por 1.878.162,82 Euros y sobre él constituyó una hipoteca a favor de la Caja de Madrid por un importe de 2.127.000 Euros de principal. Lo que significa que el exceso sobre el solar tendría como finalidad financiar la edificación del solar que no se llegó a realizar. Lo que obliga a sentar como base primera para apreciar un daño emergente en lo relativo a la pérdida del solar que ese exceso de 248.837,18 Euros no puede ser indemnizado por el Ayuntamiento puesto que quedó en manos de PROMATOL, dado que la obra no se llegó a realizar, ni consta que para ella se realizaran más gastos que los del proyecto, cuya indemnización ya se ha señalado en el Fundamento Jurídico anterior.

De modo que de esa diferencia de 248.837,18 euros nada tiene que indemnizar el AYUNTAMIENTO DE MADRID porque, si no se invirtió en la obra, quedó en poder de la demandante y bajo su administración. Por tanto, los 75.474,61 euros que de ella gastara en la proyección del edificio, se le habrá de indemnizar como daño emergente en virtud de lo dicho en el anterior fundamento jurídico.

De modo que lo único que queda por considerar es si tiene derecho a que se le indemnice por la pérdida del solar.

De entrada, cabe decir que tal pérdida viene determinada por el incumplimiento por la demandante de la obligación de pago del préstamo hipotecario que había concertado con CAJA MADRID. El cumplimiento de dicha obligación depende en principio de la capacidad económica y de organización de la demandante. No puede pretender que cuando un negocio sale mal, entre otras razones por su falta de capacidad económica, los demás tengan que pechar con sus pérdidas a menos que de modo determinante hayan contribuido a las mismas.

En este caso PROMATOL compra con financiación ajena un solar en la calle Pilar de Zaragoza para promover una edificación que, si bien se atenía a las normas urbanísticas, al final no pudo llevarla a término por la fuerte oposición vecinal que suscitó por un problema de alineación a todas luces irracional, que el Ayuntamiento no estuvo en condiciones de afrontar, a menos que como dijo la testigo Da Elvira, la edificación se retranqueara unos 6 metros de fondo para alinear razonablemente la calle, resolver el problema urbanístico, y contentar al vecindario. Ello suponía, ante un frente del solar de 15,20 metros lineales (ver la citada escritura de venta), una pérdida de 91,2 m² del solar, que tiene una extensión total de 162,10 m², según el título de propiedad de la demandante. Lo que significa que quedaría reducido a 70,9 m², algo menos de la mitad.

El daño emergente en este caso sería el valor de compra de esos 91,2 m² de pérdida, o sea, la cantidad de (1.878.162,82 Euros: 162,10 m² = 11.586,4455 Euros/m² x 91,2 m² que se pierden con el retranqueo) 1.056.683,83 Euros, que hubiera tenido que devolver al Banco. Como la Caja Madrid se ha quedado con el inmueble en ejecución del préstamo hipotecario por el 50% de la deuda pendiente, liberándola de la mitad. Tendría derecho la demandante al cobro de la otra mitad para hacer frente al pago del resto del principal de la deuda. Esto es a la cantidad de **528.341,91 euros**. Más **15.511,79 euros** de intereses vencidos correspondientes a la misma y no 62.447,31 euros que dice el perito judicial en la página 7 de su informe, y otros **54.385,37 Euros** de costas y gastos judiciales de la reclamación hipotecaria. A esto hay que añadir también



-el 50% de los gastos de compra del solar (tasación, Notaría, Registro, e Impuesto de Transmisiones patrimoniales, quedando excluidos los honorarios de abogado por gestión de compra por no ser preceptiva su actuación -obedecen a la conveniencia del comprador-) que aparecen en la página 5 del informe del perito judicial, y que ascenderían a la cantidad de **16.203,11 Euros** .

-la parte correspondientes de los gastos de constitución y novación de hipoteca (43.848,73 Euros + 32.751,92 euros = 76.600,65 : 2.127.000 Euros de principal = 0,03602 Euros x 1.878.162,82 Euros del precio del solar Euros x 0,50 pagados por la subasta del solar) **33.819,60 Euros** . Y

-la parte proporcional de las cuotas abonadas por la hipoteca que aparecen en la página 5 del informe del perito judicial (187.483,74 Euros : 2.127.000 Euros de principal = 0,08814 Euros por 1.878.162,82 Euros del precio del solar = 165.541,27 : 162,10 m² = 1.021,23 Euros x 91,2 de superficie de retranqueo) **93.136,11 Euros** .

VIII.- De lo dicho en los dos Fundamentos Jurídicos anteriores, el daño emergente que tendría que pagar el AYUNTAMIENTO DE MADRID a la demandante queda establecido en la cantidad de

- **75.474,61 Euros** de gastos de proyecto del edificio;

- **528.341,91 euros** por pérdida del solar;

- **15.511,79 euros** de intereses vencidos del préstamo para la compra.

- **54.385,37 Euros** de costas y gastos judiciales de la reclamación hipotecaria;

- **16.203,11 Euros** de gastos de compra del solar (tasación, Notaría, Registro, e Impuesto de Transmisiones patrimoniales);

- **33.819,60 Euros** de gastos de constitución y novación de la hipoteca; y

- **93.136,11 Euros** de cuotas abonadas de hipoteca entre el 16 de Marzo de 2007 y el 16 de Diciembre de 2008.

En total la indemnización por daño emergente asciende a la cantidad de **816.872,50 Euros** .

IX.- En cuanto al lucro cesante o beneficio que deja de percibir por la venta de las viviendas, que no pudo realizar la demandante, se fija de una forma razonable y bien documentada por el perito judicial en las páginas 8 y 9 de su informe en 756.266,85 Euros, cantidad ésta muy próxima a la de los peritos aportados por ZURICH para el supuesto de que se hubiere concedido la licencia y hubiese comenzado la venta de viviendas en 2008.

X.- Sumando el daño emergente calculado en los Fundamentos Jurídicos VI a VIII y el lucro cesante establecido en el Fundamento Jurídico siguiente, resulta la indemnización total de **1.573.139,35 Euros** que el AYUNTAMIENTO DE MADRID ha de pagar a PROMATOL S.L. "

SEGUNDO.- La recurrente-apelante se muestra disconforme con el criterio que sustenta la precitada Sentencia, por lo que solicita su revocación y se sustituya la indemnización reconocida por la cantidad de 2.573.188,90 €, o subsidiariamente, por la de 2.241.810,95 €, más los intereses legales desde la fecha que se efectuó la reclamación administrativa.

A tal efecto argumenta, en síntesis, que:

(i) Muestra su disconformidad con el criterio del Juzgador de la instancia de no fundamentar la responsabilidad administrativa en la negativa de la Administración de firmar la licencia entre enero de 2008 (fecha en la que se pasó a la firma la licencia al Concejal) y enero de 2012 (fecha en que se notificó la Certificación de acto presunto al recurrente). Señala que la imposibilidad de ejecución de la obra durante cuatro años fue debida a una activa acción obstruccionista de la Administración. La actuación de la Administración, del Concejal Presidente de la Junta de Municipal, negándose a firmar la licencia y a otorgar la Certificación de silencio positivo, por la existencia de protestas vecinales, no puede considerarse justificada desde el punto de vista jurídico. Estima y sostiene que la institución del silencio administrativo no exime de responsabilidad a la Administración, máxime cuando los incumplimientos por la Administración de las obligaciones legales (resolver, otorgar las licencias que se ajustan a la normativa, certificar la producción del acto y dar copias del mismo) impiden al ciudadano ejercer sus derechos

(ii) La cuantía de la indemnización no se corresponde con los hechos probados en el procedimiento. Entiende que debe ser indemnizado por la pérdida total del solar, no solo de una parte como recoge la Sentencia apelada. Igualmente considera que para determinar la indemnización debe considerarse el coste efectivo de la operación, englobándose en el mismo la deuda real contraída con la entidad bancaria. Por todo ello, considera que la indemnización procedente asciende a 2.573.188,90 € o, subsidiariamente, a 2.241.810,95 €.



TERCERO.- El Ayuntamiento de Madrid se muestra, igualmente, disconforme con la Sentencia dictada en la instancia por lo que solicita su revocación y se declare, en su lugar, la ajustada a derecho la actuación municipal relativa a responsabilidad patrimonial.

Argumenta, en síntesis, que:

(i) La Sentencia apelada incurre en error al considerar que el daño sufrido por la mercantil recurrente fue causado por la deficiente planificación urbanística de la alineación de la calle Pilar de Zaragoza. Discrepa del parecer manifestado por el Juzgador de la instancia dado que PROMATOL considera que la responsabilidad patrimonial es imputable a la Administración Municipal por el retraso en la concesión de la licencia urbanística, y en ningún caso, por una defectuosa planificación urbanística de la alineación de la calle Pilar de Zaragoza. La reclamante, tanto en vía administrativa como en la judicial, estima que los daños cuya indemnización pretende han sido causados única y exclusivamente por el retraso del Ayuntamiento de Madrid en el otorgamiento de la licencia. Entiende que la Sentencia apelada debe ser revocada porque parte de una premisa que no ha sido planteada por PROMATOL ni discutida por las partes. Considera que ha quedado acreditado que la presión vecinal y la conducta negligente de PROMATOL han sido las causas del retraso en el otorgamiento de la licencia urbanística. PROMATOL no hubiese sufrido daños aunque la Planificación urbanística fuese la misma si la presión vecinal no hubiese existido. La causa necesaria para la causación del daño fue la presión vecinal, que es la circunstancia que altera el procedimiento normal de concesión de una licencia urbanística.

(ii) Ruptura de la relación de causalidad por concurrir la presión vecinal, que es la circunstancia que provoca el retraso en la concesión de la licencia urbanística. La presión vecinal es la que rompe el nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño cuya indemnización pretende PROMATOL, ya que si no hubiese concurrido la presión vecinal el Ayuntamiento hubiera concedido la licencia. Es más, entiende que la licencia fue concedida por silencio administrativo. El Juzgador de la instancia entiende que la presión vecinal no solo influyó en la Administración Municipal sino también en PROMATOL, por cuyo motivo ésta decidió iniciar negociaciones con el Ayuntamiento para ejecutar su proyecto en otra finca, a través de una permuta de fincas. Considera que no puede considerarse como funcionamiento anormal de un servicio público municipal la citada presión municipal.

(iii) Antijuricidad del daño ya que la permuta de terrenos se frustra porque la recurrente no puede levantar la hipoteca que pesaba sobre la parcela sita en la calle Pilar de Zaragoza nº 59. Los daños y perjuicios que reclama PROMATOL, derivados del retraso en la concesión de la Licencia de Obra Nueva, no son imputables a la Administración municipal, pues en dicho retraso influye, además de la presión social, la conducta de PROMATOL. Como consecuencia de las quejas vecinales y la fuerte presión social, el Ayuntamiento de Madrid y PROMATOL deciden iniciar negociaciones para resolver el problema, tras diversas reuniones mantenidas se acordó que la propuesta que más interesaba a ambas partes era la posible permuta de la parcela afectada. En consecuencia, el retraso en la concesión de la licencia se debe a las negociaciones que de forma completamente voluntaria inician las partes. Por tanto, considera que el daño cuya indemnización pretende PROMATOL no es antijurídico y la mercantil recurrente tiene la obligación de soportarlo.

(iv) Disconformidad con la afirmación de la Sentencia apelada de la existencia de un funcionamiento anormal del servicio público, constituido por un planeamiento anormal e injustificado, que da lugar al derecho de la reclamante a una indemnización de daños y perjuicios. La Sentencia apelada no razona que llevan a calificar como " *anómalo e injustificado* " el planeamiento en lo referido a la calle Pilar de Zaragoza nº 59. Por otra parte, las consideraciones de la Sentencia vulneran tanto el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 como el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 . Sentado el hecho en que se fundamenta la responsabilidad a juicio de la Sentencia no encaja en ninguno de los supuestos indemnizatorios del citado artículo 35.

(v) Falta de prueba de la indemnización reclamada, tanto respecto de los daños emergentes como del lucro cesante. Los intereses legales deberán devengarse desde el dictado de la sentencia o, subsidiariamente, entiende que todas las cantidades reconocidas no devengan los mismos intereses, recordando que en el caso presente se han acumulado dos reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

(vi) Concesión de la licencia por silencio administrativo. No entiende porque el Juzgador de la instancia tampoco tiene en cuenta esta circunstancia a la hora de imputar al Ayuntamiento de Madrid. Ha quedado acreditado que la recurrente consideraba que le había sido concedida la licencia de obra nueva por silencio administrativo, ya que solicitó el certificado de acto presunto, cuando dicho requisito ya ni era necesario. El hecho de la obtención de la licencia por silencio administrativo es un dato sumamente relevante a la hora de determinar la posible responsabilidad en la que haya podido incurrir la Administración. Ello es debido a que el reclamante pudo iniciar las obras desde el momento de la obtención de la licencia por silencio administrativo, pero en su lugar, optó por aceptar la negociación que se le propuso por parte del Distrito.



CUARTO.- Por ZURICH INSURANCE PLC se solicita la confirmación de la Sentencia apelada en lo referente a su falta de legitimación pasiva. Sostiene la firmeza de la Sentencia de instancia en cuanto a la apreciación de su falta de legitimación pasiva dado que en el recurso de apelación planteado por la mercantil recurrente nada se dice respecto a la no condena en el fallo de la Sentencia ni tampoco se combate el FD XII, en el que se fundamenta por el Juzgador de la instancia la falta de legitimación activa.

Sostiene, igualmente, la inexistencia de demora imputable al Ayuntamiento en la concesión de la licencia, así como la concesión de la misma por silencio administrativo positivo. Entiende que la Sentencia apelada incurre en incongruencia " *extra petitum* " tal como denuncia el Ayuntamiento de Madrid en su escrito de apelación.

QUINTO.- Examinado el contenido de la Sentencia apelada, así como las alegaciones y pretensiones formuladas por las partes personadas en esta alzada, resulta conveniente recordar que, como es bien sabido, la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992 (vigente a la fecha de la reclamación formulada por la actora): a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Pues bien, en atención a las concretas consideraciones realizadas por las partes, un orden lógico-jurídico nos impone comenzar nuestro examen analizando si los daños y perjuicios reclamados por PROMATOL son consecuencia de un funcionamiento normal o anormal del Ayuntamiento de Madrid en relación con la tramitación y resolución del expediente administrativo iniciado como consecuencia de la solicitud por PROMATOL, en fecha 16 de marzo de 2007, de licencia de obras para la construcción de un edificio sito en la calle Pilar de Zaragoza nº 59 de Madrid.

Y dicho examen debe realizarse partiendo de la premisa que para que nazca la responsabilidad patrimonial, como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2011, rec. 3964/2006 , se precisa la existencia de un daño real y efectivo cuya producción ha de ser imputable por acción u omisión a una Administración Pública. Entre la actuación de la Administración y el daño debe existir un nexo causal, constituyendo presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la Administración ese enlace de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que se pueda generalizar dicha responsabilidad más allá de este principio de causalidad.

A este respecto, la mercantil recurrente considera que los daños y perjuicios reclamados traen causa de un funcionamiento anormal del Ayuntamiento de Madrid. Concretamente sostiene que la actuación del Concejal Presidente de la Junta Municipal negándose a firmar la licencia y negándose a otorgar la Certificación de acto positivo, por la existencia de protestas vecinales, no puede considerarse justificada desde el punto de vista jurídico. A su juicio, la institución del silencio administrativo positivo no puede servir de excusa para excluir la responsabilidad de la Administración por el incumplimiento de obligaciones legales, máxime cuanto tales incumplimientos impiden a los ciudadanos ejercer sus derechos. Niega que hubiese podido hacer valer el silencio administrativo frente a terceros al menos hasta casi cuatro años después, ya arruinado, donde se le notificó la Certificación de acto presunto.

El Ayuntamiento de Madrid, por el contrario, niega que haya existido un funcionamiento anormal de la Administración municipal, al atribuir el retraso del otorgamiento de la licencia urbanística a la presión vecinal, que a su juicio rompe el nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño cuya indemnización pretende PROMATOL, así como a la conducta negligente de PROMATOL. Al contrario de la conclusión alcanzada en la Sentencia apelada, niega que la planificación urbanística de la alineación de la calle Pilar de Zaragoza haya sido la causa del retraso en el otorgamiento de la licencia urbanística. A su juicio tampoco cabe apreciar la concurrencia del requisito de la antijuricidad del daño ya que la permuta de terrenos se frustra porque PROMATOL no puede levantar la hipoteca que pesaba sobre la parcela sita en la calle Pilar de Zaragoza nº 59. Por otra parte, considera que la obtención de la licencia por silencio administrativo es un dato sumamente relevante a la hora de determinar la posible responsabilidad patrimonial en la que haya podido incurrir el Ayuntamiento de Madrid. Ello es así por cuanto que el reclamante pudo iniciar las obras desde el momento de la obtención de la licencia por silencio administrativo, pero en su lugar optó por aceptar la negociación que se le propuso por parte del Ayuntamiento.

La Sentencia apelada parte de la premisa de que si la edificación no se llevó a cabo no fue tanto por la tardanza en resolver el Ayuntamiento de Madrid la licencia urbanística, como por la presión popular que se originó en la calle contra la ejecución del proyecto, de modo que aunque se hubiera concedido diligentemente la licencia de edificación la actora no se habría atrevido a ejecutar el proyecto por la presión vecinal que suscite. No obstante, aprecia la existencia de un funcionamiento anormal en los servicios públicos del Ayuntamiento de Madrid,



pero no lo residencia en la tardanza en el otorgamiento de la licencia, sino en la planificación urbanística de la alineación de la calle Pilar de Zaragoza y en el mantenimiento en los planos integrantes del planeamiento aprobado de " *una ruptura de todo punto anómala e irracional de su alineación, justo en la parte de la parcela de la demandante, cuyo proyecto de alineación acorde con el planeamiento urbanístico suscitó un fuerte rechazo social, un movimiento de oposición vecinal contundente cuando se tuvo noticia de que estaba en trámite la licencia para edificar el solar* " (FD V)

Pue bien, desde luego, la Sala no puede compartir la conclusión alcanzada en la Sentencia apelada por cuanto que, como acertadamente razona el Ayuntamiento de Madrid, parte de una premisa que ni ha sido planteada por PROMATOL (incurriendo así en un supuesto de " *incongruencia ultra petitum* ", en la medida en la que se fundamenta la decisión en hechos no alegados o en títulos jurídicos no invocados por las partes, con infracción del principio dispositivo) ni ha sido discutida por las partes, primero en la vía administrativa, más tarde en la judicial.

Dicho ello, siendo indudable: (i) Que PROMATOL tenía derecho a la obtención de la licencia urbanística por ella solicitada (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2011 , sobre la necesaria acreditación de dicho extremo), por cuanto que así acabó reconociéndolo la propia Administración municipal mediante la emisión, finalmente, en fecha 12 de setiembre de 2011, de Certificado de acto presunto (que había sido solicitado por el interesado el 23 de mayo de 2008) y posterior acto expreso de concesión de licencia en fecha 13 de junio de 2012; y (ii) Que existió un retraso en el otorgamiento de la licencia urbanística, lo que nadie niega (la licencia fue solicitada en fecha 16 de marzo de 2007, siendo informada favorablemente por los servicios técnicos municipales en fecha 20 de diciembre de 2007 -folios del expediente 377 a 380 y 388 a 391-); la cuestión que aquí nos ocupa se centra en determinar si los daños y perjuicios reclamados por la recurrente son consecuencia de dicho retraso, como sostiene el reclamante, o son consecuencia de la presión vecinal y de la propia conducta de PROMATOL, como sostiene el Ayuntamiento de Madrid.

Más concretamente, la cuestión controvertida consiste en determinar si los daños y perjuicios reclamados por la recurrente tienen o no su encaje en el supuesto indemnizatorio contemplado en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 (vigente a la fecha en la que la recurrente formula su primera reclamación), en el que se dispone, en su apartado d), que dará lugar a la indemnización " *La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado* " .

Centrándonos en el supuesto de demora injustificada en el otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes de obras, conviene tener en cuenta que el artículo 42.1 de la Ley 30/1992 , vigente a la fecha de la reclamación, obliga a la Administración a dictar una resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, lo que debe tener lugar antes del transcurso del plazo legalmente establecido para ello. Si se produce una inactividad o actividad tardía (funcionamiento anormal) de la Administración causando determinados daños y perjuicios al particular, como regla general surgirá el derecho del administrado a verse resarcido.

Ahora bien, el simple transcurso del plazo legalmente establecido para la resolución y notificación administrativa no es suficiente para el surgimiento de la responsabilidad administrativa. Sólo nos encontraremos ante un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, aquí Administración urbanística, cuando la demora sea " *injustificada* ", como se encarga de matizar el citado artículo 35.d) TRLS de 2008. Así, el retraso en la concesión de la licencia urbanística no tendrá consecuencias, por ejemplo, en aquellos casos en que el plazo legal para el dictado de la resolución sea suspendido para la realización de distintos trámites o para la subsanación de defectos de la propia solicitud (artículo 42.5 de la Ley 30/1992), o cuando sea causa de la actuación del propio administrado (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011). También se ha considerado justificado el retraso en aquellos supuestos en que la demora es consecuencia de una dificultad objetiva de la aplicación de la normativa urbanística (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004, rec. 411/2001 , y 8 de junio de 2006, rec. 3347/2002).

En el presente supuesto, el retraso en la concesión de la licencia urbanística solicitada se debe, según el Ayuntamiento de Madrid, a la protesta y presión vecinal que se inicia como consecuencia de la solicitud por PROMATOL de la licencia de obras. Protesta o presión vecinal que, a juicio de la Administración municipal demandada, rompe la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño cuya indemnización pretende la recurrente.

Pues bien, a juicio de la Sala, teniendo en cuenta, como es bien sabido, que el otorgamiento de dicho tipo de licencias es una actividad reglada, para cuya concesión o denegación los órganos competentes de la Administración deben atenerse a la normativa aplicable, resulta evidente que la eventual presión o protesta



vecinal contra el otorgamiento de una determinada licencia nunca puede justificar el retraso o demora en su concesión teniendo en cuenta, además, que la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, tal como proclama el artículo 103.1 CE .

Por el contrario, aceptando que la demora o retraso en la concesión de la licencia urbanística solicitada pudo deberse a la presión vecinal, ello lo único que revela y pone de manifiesto que se está ante un supuesto de funcionamiento anormal de los órganos de la Administración urbanística. Si la Administración Pública debe actuar, siempre, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, resulta obvio que cuando ello no sucede (desde luego, la presión vecinal ni es ley ni es Derecho) solo cabe apreciar en tal proceder un " *funcionamiento anormal* " de los servicios públicos.

Por tanto, la presión vecinal ni supone una ruptura de la necesaria causalidad entre la actuación administrativa y el daño reclamado, ni mucho menos puede entenderse que el sometimiento a dicha presión o protesta vecinal pueda justificar, en supuestos como el que aquí nos ocupa, la demora en el otorgamiento de la licencia urbanística solicitada por PROMATOL (más bien, negativa en un primer momento a su otorgamiento; negativa que se pone de manifiesto por el propio Concejal Presidente del Distrito de Salamanca en la Nota de Servicio, que en fecha 4 de agosto de 2008, dirige al Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública -folios 441-442 del expediente-, y ello pese a reconocer, expresamente, que la solicitud de licencia se ajustaba a la normativa urbanística, contando con informe favorable de los servicios técnicos municipales). Admitir dicha justificación sería tanto como negar el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho.

Consciente el Ayuntamiento de Madrid que la negativa a otorgar la licencia urbanística solicitada era contraria al ordenamiento jurídico y atentaba a los legítimos derechos de la mercantil solicitante (así se reconoce por el Concejal Presidente del Distrito de Salamanca en la Nota de Servicio anteriormente reseñada, en la que consta: " *Desde la Junta Municipal de Salamanca, tras diversas reuniones mantenidas con la Delegada y Coordinadora General de Urbanismo, consideramos que la única posibilidad de resolver este contencioso vecinal sin quebrantar más aun los derechos urbanísticos que evidentemente tiene la propiedad, sería realizar con PROMATOL S.L. una permuta de suelo que permitiera al Ayuntamiento adquirir la finca de Pilar de Zaragoza nº 59 para destinarla a un uso dotacional pendiente de definir, aunque algunas alternativas podrían ser el de sala de lectura, centro de día o de mayores* ") que propuso a PROMATOL S.L., como única alternativa, permutar el solar conflictivo con otro de propiedad del Ayuntamiento de Madrid (tal solución se recoge expresamente en el Acta levantada como consecuencia de la comparecencia celebrada el 6 de agosto de 2008 - folio 444 del expediente-, así como en la Nota de Servicio Interior de la Directora General de Gestión Urbanística al Gerente de la Junta Municipal de Salamanca, de fecha 3 de septiembre de 2008 -folios 446 a 448 del expediente-.

En relación con esta alternativa de permuta, el Ayuntamiento de Madrid señala que esta solución fue aceptada por PROMATOL y que si no se llegó finalmente a materializarse, frustrándose la permuta, fue debido a que PROMATOL no puede levantar la hipoteca que pesaba sobre la parcela sita en la calle Pilar de Zaragoza nº 59. De ahí que considere, de una parte, la ruptura de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño cuya indemnización pretende PROMATOL; y de otra, que considere que no cabe apreciar la concurrencia del requisito de la antijuricidad del daño.

Frente a ello la recurrente PROMATOL aduce (escrito de oposición al recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Madrid, folios 7 a 13) que fue la Administración la que impuso lo que califica de supuesta negociación, ofreciéndose como única alternativa la de quedarse sin la licencia y sin el solar, como finalmente ocurrió, y quedarse sin licencia y admitir una permuta de su solar por otro similar. Califica de " *actuación ilegítima* " negarse a otorgar un " *acto debido* " y que no hay duda de la antijuricidad del daño: nadie tiene el deber de soportar que la Administración se niegue a firmar una licencia a la que tiene derecho.

Ciertamente, no hay duda alguna de que la conducta consistente en negar, consciente y deliberadamente, el otorgamiento de una licencia urbanística a la que el solicitante tiene derecho en el plazo legalmente establecido para ello, como aquí acontece, debe calificarse de ilícita (ilicitud que se extiende, incluso, a la posterior negativa a expedir el, también debido, Certificado de acto presunto) que nadie tiene el deber de soportar, como acertadamente señala la mercantil recurrente.

Adviértase, además, como la mercantil recurrente se ve avocada, frente al indudable derecho al otorgamiento de la licencia solicitada y correlativa negativa ilícita por el Ayuntamiento de Madrid a su expreso reconocimiento, la de aceptar, como única solución, la permuta de solar ofrecida por la Administración municipal. Solución que se frustra finalmente porque la recurrente, como afirma el Ayuntamiento de Madrid, no pudo levantar el gravamen hipotecario que pesaba sobre el solar de su propiedad. Y no lo pudo hacer debido a que la entidad hipotecante se negó a ello dado que el solar que se ofrecía como sustitución del gravado era valorado por la Administración en un importe inferior a la responsabilidad hipotecaria que gravaba la parcela



propiedad de la recurrente. Por tanto, ninguna responsabilidad, por tanto, cabe atribuir a la recurrente en la finalmente frustrada operación de permuta.

Por tanto, de cuanto queda expuesto se deduce: (i) La existencia de una demora tanto en el otorgamiento expreso de la licencia urbanística solicitada como del debido reconocimiento de su otorgamiento por silencio administrativo positivo durante más de tres años (solicitado por la actora emisión de certificado de acto presunto en fecha 23 de agosto de 2008, fue expedido por el Ayuntamiento en fecha 12 de septiembre de 2011); (ii) Que la citada resulta ser tan solo imputable a un funcionamiento anormal de los órganos urbanísticos del Ayuntamiento de Madrid; y (iii) Que la mentada demora se nos presenta como " *injustificada* ".

SEXTO.- Llegados a este punto, la siguiente cuestión que debemos abordar es la referida a la incidencia que la regla del silencio administrativo puede tener en la exigibilidad de la responsabilidad por demora que aquí nos ocupa.

Como es bien sabido, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, " *el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario* " (artículo 43.1 de la Ley 30/1992).

Por tanto, una vez transcurrido el plazo legal para que el Ayuntamiento de Madrid dictase y notificase la resolución expresa sobre la solicitud de la licencia urbanística formulada por la recurrente, en principio y a salvo de que se dirá más tarde, debería entenderse estimada la licencia urbanística solicitada. Es por ello que un sector doctrinal cuestiona la viabilidad de la responsabilidad contemplada en el ya citado artículo 35.d) TRLS de 2008 por dicha inactividad administrativa.

A ello parece apuntar la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid cuando considera que la obtención de la licencia por silencio administrativo, que estima producido el 7 de diciembre de 2007, es un dato sumamente relevante a la hora de determinar la posible responsabilidad patrimonial en la que haya podido incurrir el Ayuntamiento de Madrid. Ello es así por cuanto que el reclamante pudo iniciar las obras desde el momento de la obtención de la licencia por silencio administrativo, pero en su lugar optó por aceptar la negociación que se le propuso por parte del Ayuntamiento.

Pues bien, para la correcta resolución de la cuestión suscitada, debemos tener en cuenta la incertidumbre que rodea la aplicación de la regla del silencio administrativo positivo en el ámbito urbanístico, dado que existe una constante legal que imposibilita la adquisición de licencias " *contra legem* " (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, rec. 227/2009). Es por ello que, ante esta cuestionable operatividad del silencio administrativo, resulte comprensible y razonable la actitud renuente del peticionario de la licencia a asumir el riesgo de acometer la ejecución de la obra amparada en el silencio administrativo positivo.

Y, precisamente por ello que el ordenamiento jurídico, aunque disponga que los actos administrativos producidos por silencio administrativo positivo puedan hacerse valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, posibilita al administrado que solicite de la Administración incumplidora de su deber legal la expedición un " *certificado acreditativo del silencio producido* ", que debe ser emitido en el plazo máximo de quince días (artículo 43,4 ya citado).

En el caso que nos ocupa, la recurrente solicitó la expedición del expresado certificado el 23 de mayo de 2008 (folios 417 a 429 de expediente administrativo), que será finalmente emitido el 12 de septiembre de 2011 (folios 490 a 502 del expediente administrativo), siendo notificado a la solicitante el posterior 4 de enero de 2012.

En tales circunstancias, cuando la Administración no solo incumple (niega) su obligación de resolver y notificar en el plazo legal sino que también incumple la obligación de expedir el certificado de acto presunto solicitado en el plazo legal contemplado (15 días), no se nos presenta como razonable la consideración de que el solicitante de la licencia urbanística pudo en tales circunstancias iniciar las obras de edificación y, menos aún, que dicha consideración la formule, precisamente, la Administración que se negó, primero, a dictar la resolución expresa que reconociese el derecho del solicitante a la licencia urbanística solicitada, y más tarde, a la emitir el certificado acreditativo del silencio administrativo positivo.

Creemos que en el supuesto que nos ocupa, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, la eventual posibilidad que tenía el solicitante de la licencia de obras de iniciar las obras de edificación no puede actuar como una causa exoneradora de la responsabilidad contraída por la Administración como consecuencia o derivada de un retraso, deliberado e injustificado, en el otorgamiento del oportuno título habilitante. Es la propia Administración municipal, con su negativa a expedir el certificado solicitado, colocándose en una situación de franca ilegalidad y rebeldía, la que parece cuestionar el efecto positivo



sentido del silencio administrativo, poniendo así en una incuestionable incertidumbre la situación jurídica de la mercantil recurrente.

SÉPTIMO.- Habiéndose determinado en los fundamentos jurídicos precedentes un funcionamiento anormal de los órganos urbanísticos del Ayuntamiento de Madrid, traducido en la constatación de un retraso injustificado en el otorgamiento de la licencia urbanística solicitada por la mercantil recurrente, tan solo imputable al Ayuntamiento de Madrid, y que la reclamante no tiene el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por aquella conducta, tan solo nos queda determinar la efectividad del daño cuya indemnización se pretende así como, en su caso, su valoración económica, partiendo de la premisa de que la reparación del daño causado debe ser integral o "*restitutio in integrum*", y que tal reparación debe incluir tanto el "*daño emergente*" como el "*lucro cesante*", de haberse éste producido.

La parte mercantil recurrente cuestiona la valoración económica que de los daños y perjuicios se contiene en la Sentencia apelada. Al respecto refiere, en relación con el FD VII de la Sentencia, que el órgano judicial no ha tenido en cuenta que la parcela resultante, en caso de retranqueo, era inedificable. Por otra parte, considera que el retraso o la demora en la concesión de la licencia no ha hecho perder a la actora 91,20 m², como señala el Juzgado de la instancia, sino la totalidad del mismo (162,10 m²), ya que la ejecución del solar no se ha hecho parcialmente, sino en su totalidad, Por tanto, la pérdida debe referirse a la totalidad de la parcela, no solo al retranqueo. Las mismas consideraciones pueden hacerse de los gastos de notaría, los intereses abonados, los gastos de constitución y novación de la hipoteca y las cuotas abonadas a la entidad bancaria. En consecuencia, aplicando el criterio del Juzgado a la pérdida íntegra del solar, el daño emergente ascendería a 1.485.544,10 €; importe al que habría de añadirse el importe referido al lucro cesante de 756.266,85 €.

No obstante, considera más acertada la valoración que de los daños y perjuicios se realiza en el informe emitido por perito insaculado, que evalúa el daño emergente en 1.493.511,20 € y un lucro cesante de 756.266,85 €, haciendo un total de 2.270.197,25 €. Si bien puntualiza que la deuda pendiente con el banco tras la ejecución es la que aparece en el documento nº 10 aportado (1.339.256,73 €) y no la tenuta en cuenta por el perito (976.581,22 €). En resumen, el daño emergente ascendería a 1.816.922,05 € y el lucro cesante a 756.266,85 €, lo que totaliza la suma de 2.573.188,90 €.

La representación del Ayuntamiento de Madrid, por el contrario, considera que falta la prueba de la indemnización reclamada y ello tanto en relación con el daño emergente como con el lucro cesante.

Pues bien, para dar debida contestación al interrogante planteado al comienzo del presente fundamento jurídico, resulta necesario partir de la consideración de que cuando en la fecha en la que se emite por el Ayuntamiento de Madrid el certificado acreditativo del silencio administrativo (12 de septiembre de 2011), el solar en cuestión se encontraba en situación de ejecución hipotecaria, proceso que culminó finalmente con la adjudicación del solar a la entidad bancaria por el 50 % de la deuda pendiente de pago.

Partiendo, por tanto de dicha realidad, el relación con la determinación y cuantificación del daño emergente debe estimarse comprendidos, en primer lugar, todos aquellos gastos realizados por la mercantil recurrente para la realización de la promoción del solar para el cual se solicitaba la licencia de obra, que resultaron inútiles en atención a la adjudicación del solar producida como consecuencia del procedimiento de ejecución hipotecaria, así como aquellos otros que no se hubieren realizado de haber dispuesto la licencia en la fecha prevista.

Por otra parte, como quiera que el solar se compró (por precio de 1.878.162,82 €) con la financiación obtenida a través de un préstamo hipotecario (por importe de 2.127.000 €), a la hora de determinar el importe del daño emergente no se tendrá en cuenta el valor del solar sino los derivados de la compra y de la constitución de la hipoteca (Notaría, Registro de la Propiedad), como lo son las cuotas de hipoteca abonadas y la deuda generada por el impago causado.

A los expresados efectos partiremos de los conceptos y cuantías reflejados en el informe realizado por el perito insaculado (folios 5 a 7), donde se cuantifica el daño emergente en 1.454.246,54 €.

No obstante, consideramos que deben ser excluidas algunas de las partidas indebidamente consideradas por el perito. Así, estimamos que no deben ser incluidos, por las razones expresadas en la Sentencia apelada, los siguientes conceptos e importes:

- 1.230,11 €: Excavaciones.
- 232,40 €: Tasa Deslinde y alineaciones.
- 79,95 €: Cédula urbanística.
- 1.520,35 €: Tasa Licencia de Obras:



- 2.235,72 €: Fianza Correcta Ejecución Servicios Públicos.
- 4.498,56 €: Gastos Administrativos (estimación en un 5% del P.E.C.).
- 67.863,76 €: Honorarios profesionales.
- 3.627,54 €: Impuesto de bienes inmuebles
- 22. 492,82: Gastos Administrativos (estimación en un 5% del P.E.C.).

Por tanto, de este modo, la partida referida al daño emergente, excluido el importe de la deuda bancaria por el impago de la hipoteca, ascendería, en principio, a 373.884,11 € (s.e.u.o.).

Ahora bien, como quiera que el préstamo hipotecario obtenido por la mercantil recurrente en cuantía de 2.127.000 € y, por tanto, en cuantía superior al precio de compra del solar (1.878.162,82 €), necesariamente deberá concluirse que ese exceso de financiación (248.837,18 €) hubo necesariamente destinarse al pago y abono del resto de los gastos y desembolsos que la recurrente debió necesariamente llevar a cabo.

En consecuencia, el expresado importe de 373.884,11 € deberá ser minorado en 248.837,18 €, resultando así un importe de 125.456,93 €, pues de no ser así, la recurrente obtendría una doble indemnización: una, por la vía de los gastos e importes desembolsados y, otra, por la vía de la deuda hipotecaria pendiente de pago.

Y en relación con la deuda hipotecaria pendiente de pago, que el perito insaculado valora en 976.581,22 €, estimamos que debe ser la de 1.339.256, 72 €, por ser dicho importe el que se refleja como pendiente en la liquidación efectuada en el Decreto dictado por el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de los de Madrid del 10 de abril de 2014 (doc. nº 10 de los acompañados con el escrito de demanda).

En consecuencia, el daño emergente indemnizable ascenderá a 1.464.303,66 € (s.e.u.o.).

Por último, en relación con el lucro cesante, la Sentencia apelada acoge el importe de 756.266,85 € al que el perito insaculado, quien para cuya cuantificación parte de la valoración de la promoción que se pretendía desarrollar en el solar en la fecha en la que se debió conceder la licencia de obra, teniendo en cuenta los costes de construcción y de venta característicos de la época, con estimación del cálculo del beneficio del promotor habitual en el sector.

Ahora bien, si se observa el informe pericial se advertirá que en la determinación del lucro cesante no se ha tenido en cuenta un dato de especial transcendencia como es la realidad del mercado inmobiliario de las fechas próximas a la conclusión de las obras de edificación y, menos aún, las eventuales incidencias de dicho mercado en la real situación económica y financiera de la mercantil recurrente.

La Sentencia apelada únicamente se apoya en una valoración acerca del valor de la vivienda en un suelo determinado, pero ello estimamos que no es suficiente a los efectos de constatar y determinar el lucro cesante máxime cuando, como ocurre en el caso presente, no se ha tenido en cuenta ni la realidad y situación del mercado inmobiliario ni la situación económica y financiera de la mercantil recurrente, esto es, si la misma estaba o no preparada para soportar los reveses del mercado inmobiliario.

En este sentido conviene traer a colación la doctrina jurisprudencial según la cual la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros "sueños de ganancias" como se denominaron en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012, rec. 5521/2010).

En consecuencia, de cuanto antecede se desprende la procedencia de estimar como daños y perjuicios indemnizables por el Ayuntamiento de Madrid a la mercantil recurrente en la cuantía de 1.464.303,66 €.

Y en relación con los intereses legales, que la Sentencia apelada señala devengados desde la fecha de la primera reclamación administrativa (27 de abril de 2009), estimamos que no puede acogerse la pretensión del Ayuntamiento de Madrid del devengo desde la fecha de la Sentencia de esta Sala por cuanto que, en primer lugar, la cuantía indemnizatoria que se fije en supuestos de responsabilidad patrimonial tiene carácter y naturaleza de deuda-valor, y en segundo lugar, la sentencia por la que se fija la responsabilidad patrimonial de una Administración no tiene efectos constitutivos sobre la deuda que establece a favor del perjudicado, sino meramente declarativos, haciendo inocuo el principio " *in illiquidis non fit mora* ".

Es por ello, en atención a que en materia de responsabilidad patrimonial rige el principio de reparación integral del daño, que sea doctrina jurisprudencial según la cual las cuantías indemnizatorias por tal concepto declaradas (no constituidas) en sentencia, dada su naturaleza de deuda-valor, deben ser actualizadas al



momento de su pago mediante el reconocimiento del devengo del interés legal desde la fecha de su reclamación en la vía administrativa.

En consecuencia, en el caso concreto, dado que la reclamación formulada por la recurrente en vía administrativa en fecha 27 de abril de 2009 se reclamaba un importe de 541.343,42 €, que fue ampliado en 103.791,37 € y 20.092,93 € en escritos presentados, respectivamente, en fechas 9 de febrero y 26 de abril de 2011, y que la segunda reclamación llevada a cabo el 2 de enero de 2013 se refería a un importe de 4.292.106,17 €, procederá acordar que la suma indemnizatoria reconocida devengará el interés legal del dinero hasta su completo pago desde el:

- 27 de abril de 2009, en relación con un importe de 541.343,42 €.
- 9 de febrero de 2011, en relación con un importe de 103.791,37 €.
- 26 de abril de 2011, en relación con un importe de 20.092,93 €.
- 2 de enero de 2013, en relación con el resto del importe reconocido.

OCTAVO.- En materia de costas, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, en el que la Sala ha venido a fundamentar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada en circunstancias distintas a las contempladas en la Sentencia apelada, estimamos que son razones que justifican la no imposición de las costas causadas por el recurso de apelación promovido por la mercantil recurrente, ni el promovido por el Ayuntamiento de Madrid (artículo 139.2 LJCA).

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación formulado por la mercantil PROMATOL, S.L., representada por la Procuradora D^a. Cristina Méndez Rocasolano, y con ESTIMACIÓN del formulado por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por Letrado Consistorial, contra la Sentencia dictada el 30 de junio de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 29 de los de Madrid , recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 105/2012, debemos REVOCAR PARCIALMENTE la misma en el sentido de condenar al Ayuntamiento de Madrid a pagar a la recurrente la cantidad de 1.464.303,66 €, así como los intereses legales devengados conforme a lo determinado en el fundamento jurídico séptimo de la presente. Y todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

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

D. José Daniel Sanz Heredero D. José Ramón Chulvi Montaner

Dña. María Soledad Gamó Serrano