



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga

N.I.G.: 290674532020000425.

Procedimiento: Recurso de Apelación 868/2024.

De: HEMAMOLO SA

Procurador/a: FRANCISCO JAVIER DUARTE DIEGUEZ

Contra: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA

Procurador/a: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ

Letrado/a: S.J.AYUNT. MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 3283/2024

ILUSTRÍSIMAS/O SRAS/SR:

PRESIDENTA

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

MAGISTRADO/A

D. SANTIAGO MACHO MACHO

D^a MARÍA DE LAS MERCEDES DELGADO LÓPEZ

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 18 de diciembre de 2024.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 868/2024, interpuesto por el Procurador Sr. Duarte Diéguez, en nombre de HEMAMOLO S.L, defendido por el Letrado Sr. Fernández-Canivell y Toro, contra la sentencia nº 131/2024, de 4 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de MÁLAGA, al PO nº 60/2020, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador Sr. Páez Gómez y asistido por Letrada de la Asesoría Jurídica Municipal.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de Málaga dictó la sentencia en el encabezamiento reseñada que desestima el recurso interpuesto por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- La parte apelante presente escrito el 25/07/24 exponiendo cuanto considera conveniente para pedir que, estimando el presente recurso de apelación, acuerde estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto y declare no conforme a derecho y anule la resolución presunta desestimatoria así como la resolución municipal expresa dictada con fecha 5 de marzo de 2021, y reconozca el derecho de mi representada a ser indemnizada de los daños y perjuicios causados como consecuencia de haber resultado privada de edificabilidad su parcela 127-A, condenando a la Corporación demandada a abonar a mi representada la suma de 1.149.313,75 euros, más los intereses de demora correspondientes, al tipo del interés legal del dinero, desde la fecha de interposición de la Reclamación de responsabilidad patrimonial, el 18 de julio de 2019, con expresa condena en costas a la Administración demandada.

TERCERO.- La parte apelada presenta escrito el 20/09/24 alegando cuanto tiene por oportuno para pedirse confirme la Sentencia dictada en el presente procedimiento y, por tanto, el acto administrativo impugnado por la parte actora.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma pidiendo prueba documental la parte apelante, y no pidiendo ninguna de las partes vista o conclusiones, queda pendiente de señalamiento para deliberación, votación y fallo, acto que ha tenido lugar el pasado día once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de Málaga dictó la sentencia nº 131/2024, de 4 de julio, al PO nº 60/2020, que falla:

“Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por HEMAMOLO S.L representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Duarte Dieguez, contra la Resolución de fecha 5 de marzo de 2021 por la que se inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta en fecha 18 de abril de 2019 dictada por el Ayuntamiento de Málaga, debiendo declararla conforme a Derecho, manteniéndola, y todo ello, con imposición de las costas causadas a al parte recurrente en el presente recurso a la parte recurrente con el límite de 3.000 euros“

La sentencia, una vez delimitados los términos del debate, razonando ampliamente sobre que no hay prescripción de la acción -cuestión no apela- y exponer la normativa y jurisprudencia que estima aplicables, tiene la siguiente fundamentación para desestimar el recurso:

“...CUARTO.- En el caso presente, examinado el expediente administrativo, la parte recurrente aduce que la Administración ha tenido una conducta negligente y culposa al tramitar la licencia de obras concedida en el año 1973 a FAXSA y ello entendiéndose que, la solicitud de licencia no precisó la finca objeto del proyecto de obras sobre edificación de tres edificios sobre un solar de 7.800m2 donde incluyó la finca de la recurrente 127-A. Partiendo que el efecto lesivo es la denegación de la aprobación del Estudio Detalle



presentado por la recurrente, lo que no implica que de haber sido aprobado, le fuera concedida por la Administración la licencia para la construcción de la edificación sino se adecuaba al planeamiento urbanístico vigente y por lo tanto ese perjuicio por falta de aprovechamiento urbanístico, pues como se ha quedado acreditado en el expediente administrativo el Estudio Detalle presentado y cuyo examen fue realizado por los servicios técnicos, lo era para la ordenación de los volúmenes motivado por la dificultad topográfica inherente a las parcelas, no olvidemos que se encuentra en una zona rocosa.

Pues bien, la concurrencia de los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial en el caso de autos, no concurren, y ello lo decimos, partiendo que la denegación de la aprobación definitiva del Estudio Detalle, que como ya hemos referido el acto administrativo que así lo declaró fue declarado conforme a Derecho por el TSJA, parte de la existencia de una imposibilidad de edificabilidad en la parcela 127-A puesto que se consumió dicho extremo mediante la concesión de la licencia de obras concedida a FAXSA en 1973, expte OM 1573/73y ello en base a lo dispuesto en el propio PGOU -11 de Málaga, que en su Disposición Adicional Segunda establece que, " Incluso en el caso de que se cumplan con la superficie de parcela mínima prevista en este Plan, en modo alguno serán edificable aquellas parcelas de suelo urbano, registradas o no, cuyas superficies sirvieron para el cómputo de edificabilidades de construcciones erigidas al amparo de planeamientos anteriores, salvo que el presente Plan haya incrementado aquellas con la nueva ordenanza asignada" .

Tal y como recogen los distintos informes técnicos que constan en el expediente administrativo, la finca 127-A propiedad de la recurrente, ya se tomó en cuenta a la hora de la concesión de la licencia en el año 1973, y conforme al PGOU en vigor en ese momento, licencia que se dictó conforme a Derecho, sin que a la Administración se le pueda exigir responsabilidad alguna dado que se acredita que actuó en todo momento bajo la legalidad urbanística existente, y que en relación con el artículo 5.3 del Decreto 60/2010 de 16 de marzo de Reglamento de Disciplina Urbanística de la CCAA de Andalucía, que expresa que, " las licencias urbanísticas deben otorgarse dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros, siendo que para solicitarlas necesario acreditar la titularidad de los inmuebles afectados, salvo cuando su otorgamiento pueda afectar a los bienes y derechos integrantes del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tanto de dominio público o demaniales como de dominio privado, o patrimoniales, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones exigibles de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora del patrimonio de la correspondiente Administración pública" .

La recurrente alega que la Administración actuó de manera negligente y culposa, ya que no verificó la titularidad del suelo cuya licencia de obras fue solicitada por FAXSA, pues bien dicha conducta culposa no ha de ser apreciada, toda vez, que partiendo de que la licencia no fue declarada nula, siendo firme y teniendo plena vigencia, según manifestó la propia sentencia del TSJA de 21 de noviembre de 2018, vincula a la Administración a su eficacia, así como a la concedente a terceros entre otros pronunciamientos. Por lo tanto, la licencia de 1973 posee plena eficacia, sin que conste en los autos, que la misma haya sido declarada nula ni tan siquiera mediante el oportuno ejercicio del procedimiento de revisión, y se haya acreditado que la Administración haya actuado fuer a de legalidad a la hora de denegar el Estudio Detalle, ya que como ya hemos referido, dicha licencia dictada bajo la legalidad urbanística del momento de su concesión, vincula plenamente a la Administración.

Por todo lo expuesto, no cabe sino declarar que en el supuesto de autos, no se cumplen los presupuestos necesarios que recoge nuestra jurisprudencia para determinar la



responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, no se ha acreditado que efectivamente concurra una conducta antijurídica al haber actuado la Administración conforme a Derecho, ni tampoco que exista un nexo causal, ente el hecho lesivo y el daño producido. Sin que se pueda dirimir tal y como ya manifestó la sentencia del TSJA que se deban dirimir responsabilidades de terceros y respecto a conductas que no son propias del ámbito urbanístico.

En atención a ello, y vistos los fundamentos esgrimidos en la presente resolución así como los recogidos en los distintos informes técnicos que conforman el expediente administrativo, no procede declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Málaga y en consecuencia, se ha de desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto.

QUINTO.- En materia de costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho y observando lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos y teniendo en cuenta que la Ley 37/2001, entró en vigor el 31 de octubre de 2.011, procede imponer las costas de este recurso contencioso-administrativo a la parte recurrente si bien de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuarto de dicho precepto (La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.), se fija en 3.000 euros la cantidad máxima en dicho concepto atendidas las circunstancias del caso. Y la cuantía reclamada....”

SEGUNDO.-La parte apelante, tras relacionar los antecedentes que tiene por oportuno, alega los siguientes motivos:

- La antijuridicidad (y, por tanto, la responsabilidad patrimonial) puede concurrir aún cuando el acto administrativo, del que derive la lesión, se considere válido y conforme a derecho.

En su Fundamento de Derecho Cuarto la Sentencia recurrida concluye que no concurren los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración (...)

Como claramente expresa la Sentencia recurrida, la Jueza *a quo* descarta la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento demandado porque, a su juicio, no concurriría el presupuesto de la antijuridicidad del daño, en tanto que *“la licencia no fue declarada nula, siendo firme y teniendo plena vigencia, según manifestó la propia sentencia del TSJA de 21 de noviembre de 2018”*, añadiendo la Jueza que *“se dictó conforme a Derecho, sin que a la Administración se le pueda exigir responsabilidad alguna dado que se acredita que actuó en todo momento bajo la legalidad urbanística existente, ...”*.

Contrariamente a lo razonado en la Sentencia impugnada, por mucho que la licencia de 1973 no hubiese sido impugnada, tenga plena vigencia y se pudiera considerar conforme a derecho, no impide calificar la lesión como antijurídica, ya que, obviamente, HEMAMOLO no tiene el deber de soportar sus consecuencias: mi representada no tiene el deber de soportar que la edificabilidad de su parcela haya resultado consumida por la citada licencia concedida por el Ayuntamiento a un tercero, como es FAXSA.

El hecho de que un acto sea válido y se considere dictado conforme a derecho no impide que pueda generar perjuicios y, sobre todo, a terceros, que no eran destinatarios de tal acto, y



tampoco impide calificar tal lesión o perjuicio como antijurídica, en tanto que, conforme reiterada jurisprudencia, la antijuridicidad se predica, no de la conducta o actuación de la Administración, sino del daño que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar.

En primer lugar, cumple recordar que la responsabilidad de la Administración es por el funcionamiento, tanto normal como anormal, de la Administración y que, por tanto, no cabe negar la responsabilidad de la Administración por el hecho de que el acto administrativo, al que se impute el daño, se haya considerado válido o se considere conforme a derecho, si concurren los presupuestos requeridos por la jurisprudencia.

Conforme reiterada jurisprudencia, la responsabilidad patrimonial de la Administración está configurada como una responsabilidad de carácter objetivo y directo que obliga a la Administración a indemnizar toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; teniendo en cuenta que no todo daño que produzca la Administración es indemnizable, sino tan sólo los que merezcan la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas de justificación que lo legitimen.

Como expresan, entre otras, las Sentencias del TS de 21 de julio de 2011 y de 14 de noviembre de 2011, es doctrina jurisprudencial consolidada que, al tratarse de una responsabilidad objetiva o de resultado, lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aún cuando sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Como expresa la STS de 22 de enero de 2018, la antijuridicidad viene determinada por *“la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial”*.

Por ello, el Tribunal Supremo ha establecido expresamente que la responsabilidad patrimonial de la Administración también puede ser consecuencia de la emisión de un acto válido, siempre que concurren los presupuestos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora del mismo, y ha precisado que, por tanto, la ausencia de impugnación de un acto administrativo o el hecho de que el mismo haya sido consentido no impide declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración que derive de aquél, en tanto que la antijuridicidad del daño no se refiere a la vulneración del ordenamiento jurídico por parte del acto, sino a que el administrado no tenga el deber de soportar los efectos lesivos de tal acto.

Cabe destacar la Sentencia TS de 8 de junio de 2011, en que expresamente se planteó si el hecho de que el acto, al que se imputaba el daño, se hubiese considerado válido, impedía apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración y, sobre todo, si impedía calificar el daño como antijurídico. La citada Sentencia estableció literalmente lo siguiente: (...)

Asimismo, resulta muy elocuente la Sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, Sección 1ª, de 18 de octubre de 2016 que estableció lo siguiente: (...)

Además, en el presente caso, el acto administrativo (la licencia de obras de 1973) fue dictado y notificado a un tercero, como era FAXSA; de manera que ni mi representada, ni sus causahabientes, pudieron tener conocimiento, ni pudieron impugnar la citada licencia de obras, ni mucho menos tenían el deber jurídico de soportar las consecuencias (lesivas) de tal acto que estaba referido a un tercero.

Más allá de que carezca de todo sentido que la Sentencia recurrida cuestione la antijuridicidad



del daño por el hecho de que la citada licencia, concedida en los años 70, no haya sido recurrida y de que se considere conforme a derecho, tampoco tiene sentido que reproche que *la misma ni siquiera haya sido declarada nula "ni tan siquiera mediante el oportuno ejercicio del procedimiento de revisión"*. A este respecto, cumple recordar que la revisión de actos firmes sólo procede en el caso de que concurra alguna causa de nulidad de pleno derecho, conforme dispone el art. 106 Ley 39/2015 y jamás nadie ha sostenido que, en el presente caso, la licencia concedida a FAXSA fuese un acto viciado de nulidad de pleno derecho. Por el contrario, el propio Servicio Jurídico municipal, en el informe adjuntado al escrito a la contestación a la demanda, reconoce que no concurría causa legal (vicio de nulidad) para revisar (en la actualidad) la licencia concedida a la mercantil FAXSA hace más de cuarenta años y que, en todo caso, tampoco cabría tal revisión a tenor de lo dispuesto en el art. 110 Ley 39/2015.

-Sin perjuicio de lo expuesto, resulta intrascendente que la licencia de 1973 hubiese sido concedida (a FAXSA) dejando *"a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero"*. La Sentencia recurrida justifica la conformidad a derecho y "bondad" de la licencia de 1973, a tenor de lo dispuesto en el art. 5.3 Decreto 60/2010. Así las cosas, según la Sentencia, el Ayuntamiento habría actuado correctamente, en los años 70, al conceder la licencia de obras a la mercantil FAXSA, a pesar de que su concesión hubiese conllevado el "agotamiento" de la edificabilidad o aprovechamiento correspondiente a la parcela de mi representada.

I.- En primer lugar, se debe reiterar que resulta irrelevante, de cara a la responsabilidad patrimonial a deducir por los perjuicios que haya irrogado a un tercero, como mi mandante, el hecho de que se pueda considerar que la licencia concedida a FAXSA en 1973 sería válida y conforme a derecho por acomodarse a lo dispuesto en el art. 5.3 RD 60/2010 de 16 de marzo que aprobó el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, por cuanto lo único relevante es si mi representada y sus causahabientes -que no habían solicitado la licencia de obras y nada tenían que ver con dicha licencia- tenían el deber jurídico de soportar los efectos lesivos que la misma generó en su patrimonio.

Como ya hemos razonado, dado que el acto administrativo, generador del daño, es una licencia concedida a un tercero en 1973, el hecho de que tal acto (licencia) se pueda considerar conforme a derecho no puede impedir calificar el perjuicio que ha generado a mi representada como antijurídico, en el sentido que ésta no tiene el deber de soportarlo, es decir que *no existe un título que le imponga el deber de asumir el daño patrimonial*.

II.- Sin perjuicio de lo ya expuesto sobre la intrascendencia que, de cara a la responsabilidad patrimonial por los perjuicios que haya irrogado a un tercero, como mi mandante, tiene el hecho de que se pueda considerar la licencia concedida a FAXSA en 1973 como válida y plenamente eficaz, cabe destacar que el art. 5.3 Decreto 60/2010 no estaba vigente al momento de concederse la licencia a FAXSA en 1973 y que habría que estar, en todo caso, a lo dispuesto en el art. 12 Reglamento de Servicios de las Entidades Locales (RSEL) cuyo apartado 1 dispone lo siguiente: *"1. Las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero."*

Pues bien, en relación a lo dispuesto en el art. 12 RSEL, la jurisprudencia ha venido señalando, como expresa la Sentencia TSJ de Canarias, Las Palmas, de 27 de julio de 2011, *"Que las licencias se concedan "dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero" significa que el otorgamiento de una licencia urbanística no supone reconocer que el solicitante es propietario del suelo o de la edificación correspondiente"*.

Como también expresa la Sentencia del TSJ de Canarias, Sección 2ª, Las Palmas, de 29 de



enero de 2018, *“la aplicación de la doctrina de concesión de licencias sin perjuicio de tercero supone que con el otorgamiento no se reconoce que el solicitante sea propietario del suelo en el que se va a ejecutar la obra, esto es, supone que de ello no deriva efecto alguno en relación con el derecho de propiedad o con cualquier otro derecho real; en otras palabras, que nada se decide sobre los problemas civiles que la obra autorizada pueda ocasionar.”*

En definitiva, la cláusula de salvaguarda (*“salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”*) que contempla el art. 12 RSEL -y en similares términos, el artículo 5.3 del Decreto 60/2010- supone exclusivamente que el efecto de la autorización (licencia) no afecte a las relaciones jurídico-privadas que subyazcan y que la licencia (Administración) no debe inmiscuirse en problemas de propiedad, que sólo pondrán ser resueltos por los tribunales del orden civil.

En consecuencia, la citada cláusula de salvaguarda, que contempla el art. 12 RSCL, no puede impedir, obviamente, reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración que hubiese concedido la licencia si, como consecuencia de la misma, ha resultado consumada o agotada la edificabilidad de la parcela de un tercero.

III.- A mayor abundamiento, una cosa es que la Administración municipal no tenga obligación de controlar la titularidad del terreno sobre el que se pretende construir *“por los nulos efectos que la licencia urbanística tiene en relación a los derechos reales que no modifica ni altera”* -razón por la cual las licencias se conceden salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros- y otra cosa distinta es la obligación de la Administración municipal de velar por las consecuencias *“urbanísticas”* (y no dominicales) de las licencias que conceda.

El hecho de que la Administración, al momento de conceder licencias, sólo deba realizar un control de la legalidad urbanística, no le exime de realizar las comprobaciones mínimas oportunas sobre la identificación de la finca, objeto de la licencia; entre otras razones, porque tal circunstancia puede afectar a la hora de verificar el cumplimiento de la normativa urbanística, como es el cómputo de la edificabilidad, ocupación máxima, volumetría, superficie mínima ...; dado que tales parámetros urbanísticos dependerán, a su vez, de la superficie de la finca, que sea objeto de licencia.

En definitiva, de lo que se trata es de que la Administración no *“interfiera”* en cuestiones dominicales. Y es desde tal perspectiva desde la que la Jurisprudencia ha venido reiterando que la Administración no tiene el deber de controlar la titularidad del terreno sobre el que se pretenda construir. Ahora bien, ello no impide que el solicitante deba identificar perfectamente la parcela objeto de la licencia y aportar una *“apariencia”* de titularidad, puesto que, entre otras cosas, tiene trascendencia en relación a la edificabilidad que sea autorizada.

De hecho, la propia doctrina del Tribunal Supremo, citada en la resolución recurrida, y más concretamente la STS de 12 de noviembre de 2001 -que, a su vez, cita otras muchas-, tras indicar que el art. 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dispone que las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas *“salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”* y que, por tanto, *“la licencia urbanística no es un instrumento idóneo para controlar titularidades jurídico-privadas”*, también afirma que *“basta una apariencia de titularidad para que la Administración ejerza las potestades”* (urbanísticas).

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la STS de 17 de febrero de 1988 que ha fijado la doctrina sentada por el TS, conforme a la cual (...)

En definitiva, conforme expresa el Tribunal Supremo, el hecho de que la Administración no



tenga el deber de comprobar cumplidamente la propiedad del terreno, objeto de la solicitud de licencia de obras, y de que el solicitante no tenga que acreditar fehacientemente dicha titularidad, no impide ni descarta que el solicitante deba identificar su finca y aportar una “apariencia de titularidad”, sin que, por ende, la Administración deba entrar en el examen de fondo del título de propiedad, que sólo corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria. Entre otras muchas, además de las Sentencias del Tribunal Supremo ya citadas, cabe destacar las siguientes Sentencias:

- Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de junio de 2017: (...)
- Sentencia del TSJ de Canarias, Sección 2ª, Las Palmas, de 29 de enero de 2018: (...)
- Sentencia del TSJ de Madrid, Sección 2ª, de 2 de junio de 2014: (...)
- Sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, Sección 4ª, de 26 de diciembre de 2012: (...)
- Sentencia TSJ de Aragón de 20 de noviembre de 2007: (...)
- Auto del TSJ de País Vasco, Sección 2ª, de 29 de julio de 2004: (...)

Es más, si la “protección” o “salvaguarda” que dispensa el art. 12 RSCL (“*salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero*”) fuese tan amplia como la que ha esgrimido el Ayuntamiento demandado, en el presente caso la licencia concedida a FAXSA en los años 70 no permitiría afirmar que se habría consumido la edificabilidad de la parcela de mi representada, porque en ningún caso podría “perjudicar” a un tercero. Y, sin embargo, como ha establecido la Sentencia firme del TJS de Andalucía, Málaga, Sección Funcional Segunda, de fecha 21 de noviembre de 2018, la licencia concedida a FAXSA sí “consumió” la edificabilidad de la parcela de mi representada, ya que la salvaguarda, que contempla el art. 12 RSCL, sólo se circunscribe a las cuestiones dominicales (y posesorias), pero no se extiende, sin embargo, a los efectos y consecuencias urbanísticas.

-Sin perjuicio de todo lo expuesto y de que la antijuricidad del daño no se puede hacer depender de la conducta del Ayuntamiento, al tramitar el Expediente OM 1573/73 a instancias de FAXSA y al concederle la licencia de obras en 1973, y de si la misma se puede considerar, o no, conforme a derecho, lo cierto es que la conducta del Ayuntamiento en los años 70 no fue, en modo alguno, correcta; sino que fue claramente irregular.

La Sentencia recurrida nada menciona al respecto. Sin embargo, ni la resolución expresa dictada por el Ayuntamiento con fecha 5 de marzo de 2021, ni tampoco el Letrado Municipal, en su escrito de contestación a la demanda, cuestionaron las sorprendentes circunstancias en que el Ayuntamiento concedió la licencia a FAXSA en los años 70 y, más concretamente, los siguientes hechos reflejados en la Demanda (y debidamente acreditados documentalmente en el expediente OM 1573/73) que evidencian el carácter irregular (de su concesión):

i.- La solicitud de licencia formulada por FAXSA en 1973 no precisó, ni identificó siquiera, la finca objeto del proyecto de obras. La citada mercantil se limitó a aportar unos planos, en que grafizó cuál sería la superficie de su finca, que era objeto del proyecto de obras.

La entidad FAXSA solicitó licencia de obras para la construcción de tres edificios, destinados a 62 viviendas, alegando simplemente que el Proyecto se realizaba sobre un solar de 7.800 m2 y manteniendo que era propietario del mismo. Tal y como se puede comprobar en el citado expediente, en la solicitud y/o Proyecto presentado por FAXSA ni siquiera se dio cuenta de la finca registral (o parcela catastral) objeto del proyecto.

En definitiva, la entidad FAXSA no sólo no aportó una apariencia de la propiedad de la finca, objeto del proyecto, sino que ni siquiera identificó la finca. Le fue suficiente con presentar un Proyecto (plano) en el que incluyó (grafió), sin más, la finca de mi representada



(actual parcela 127-A) así como la actual parcela nº 127 (que se encontraba construida desde 1960). Así se desprende del plano de emplazamiento del Proyecto.

Visto lo visto, FAXSA podía haber grafiado, incluso, una superficie mayor, por cuanto el Ayuntamiento ni siquiera requirió la referencia o datos de la finca, objeto del proyecto.

ii.- En dicho Proyecto FAXSA no incluyó, a pesar de que tenía que conocer su existencia, las edificaciones/viviendas que existían desde 1960 (sobre la parcela nº 127), puesto que en los planos aportados por ella había reflejado torticeramente, además de que se trataba de una única finca (propiedad suya), que constituía, por entero, un solar vacante (sin ningún tipo de edificación). Y tal circunstancia tampoco fue “detectada” por el Ayuntamiento.

iii.- Sobre la parcela propiedad de Hemamolo SL (actual parcela nº 127-A) y sobre la parcela nº 127 (vivienda desde 1960), en la licencia de obras solicitada por FAXSA (plano) en 1973 se había previsto una batería de aparcamientos en el Proyecto. Sin embargo, el hecho de que se “existiera” la vivienda en la parcela nº 127 hacía inviable todas las soluciones que el Proyecto planteaba para justificar las plazas de aparcamientos en los límites de ambas parcelas (a requerimiento del Ayuntamiento de Málaga en los informes del Área de Vía Pública) dado que los aparcamientos se realizarían creando un vial con aparcamientos en batería en esa zona.

Asimismo, la existencia de la vivienda (parcela nº 127) hacía inviable las cesiones de viario (exigido por el PGOU) que el Ayuntamiento, a través de sus técnicos, indicó a los redactores del Proyecto.

iv.- A tenor de las referidas edificaciones, que existían en la parcela 127 desde 1960, en el plano (Proyecto reformado de 1979) que a posteriori tuvo que presentar FAXSA, junto a su petición de licencia de primera ocupación, excluyó el suelo (y por lo tanto la construcción) de la parcela 127.

v.- Además, parte de la parcela objeto del proyecto de la licencia solicitada por FAXSA se hallaba en zona de Reserva urbana. Ello suponía no poder otorgar licencia de edificación sobre dichos suelos ya que no tenían consideración de suelo urbano edificable de acuerdo con el PGOU vigente a esa fecha y la legislación vigente en ese momento. Así lo destacó la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda en sucesivos informes obrantes en el expediente OM 1573/73.

Razón ésta por la cual la licencia fue recurrida ante los Tribunales y la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Granada dictó Sentencia anulando la licencia de obras del expediente para los edificios tipo A.

A tenor del cúmulo de irregularidades en la tramitación de la licencia solicitada por FAXSA en 1973, resulta incomprensible que el Ayuntamiento no hubiese advertido el carácter “fraudulento” o irregular de la solicitud de licencia y ni siquiera hubiese llegado a efectuar ningún tipo de requerimiento a dicha mercantil. Ni siquiera cuando, a pesar de que la solicitud de licencia de obras (plano de emplazamiento) había incluido el terreno de la parcela nº 127 (con la vivienda), finalmente en el plano (del Proyecto Reformado 1979), presentado por FAXSA junto a la solicitud de licencia de primera ocupación, esta mercantil excluyó tal terreno o parcela.

Todas esas irregularidades en el Expte. OM 1573/73 evidencian que, como había afirmado [REDACTED] en su escrito de alegaciones de septiembre de 2015 en el expediente correspondiente al Estudio de Detalle propuesto por mi mandante, “... el proyecto (Expte OM 1573/73) fue redactado, y la dirección de aquella obra llevada por técnico del Estudio del Arquitecto Jefe Municipal de entonces, que también lo era de la entidad promotora FAXSA”; porque de otra manera no se explica el número de



irregularidades de tal expediente OM 1573/73 promovido a instancias de FAXSA.

En consecuencia, no cabe duda de que la actuación del Ayuntamiento, al conceder la licencia en 1973, se debe calificar, al menos, como descuidada o negligente.

- En el segundo párrafo del Fundamento Cuarto la Sentencia realiza la siguiente consideración, a modo de *obiter dicta*, que, sin embargo, no esgrime como razón para no apreciar la responsabilidad del Ayuntamiento: (...)

Sin embargo, como ya ha avanzado, la Sentencia no cuestiona la lesión producida - al haber resultado privada o agotada la edificabilidad de su parcela 127A como consecuencia de la licencia concedida en 1973 a FAXSA-, sino que esgrime, como razón para descartar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, que el perjuicio o lesión no se podría calificar como antijurídico y, en íntima relación, que faltaría el nexo causal entre el hecho lesivo y el daño producido, si bien la falta del nexo causal realmente la pone en relación con la ausencia de antijuridicidad del daño, por cuanto la Sentencia incide en que la licencia concedida a FAXSA en 1973 no había sido impugnada y que se debía considerar válida y conforme a derecho.

Tan es así que la Sentencia parte de *“la existencia de una imposibilidad de edificabilidad en la parcela 127A puesto que se consumió dicho extremo mediante la concesión de la licencia de obras concedida a FAXSA en 1973”*.

En cualquier caso, cumple reseñar que fueron los propios técnicos municipales quienes, a tenor de la topografía del terreno y la roca existente, habían planteado la procedencia del citado Estudio de Detalle para llevar a cabo una única edificación en las citadas parcelas 127-A y 127. Asimismo, estos técnicos municipales reconocieron a la parcela 127-A *“796,05 m2 de superficie neta (con alineaciones PGOU)”* y un aprovechamiento o edificabilidad de 923,42 m2t e informaron favorablemente el Estudio de Detalle presentado (y, por ende, la idoneidad de la edificación a levantar sobre las parcelas).

Así, en la pág. 3 del informe de 18 de mayo de 2015, obrante en el Expediente del Estudio de Detalle, los Arquitectos municipales reconocieron que habían sido los propios técnicos quienes *“propusieron la posibilidad de tramitar un Estudio de Detalle donde se buscara la implantación de una edificación única para las dos parcelas (127 y 127 A), evitando afectar la roca existente que las limita”*; añadiendo el citado informe lo siguiente: *“Esta propuesta ha derivado finalmente en presentar un Estudio de Detalle del conjunto de ambas parcelas con volúmenes de edificación independiente para cada una de ellas pero, en cualquier caso, cumpliendo el “mejor logro de los objetivos y fines del planeamiento”*.

Finalmente, en dicho informe de 18 de mayo de 2015 los Servicios técnicos municipales expusieron lo siguiente sobre el *“Análisis de la Propuesta”*:

“3 Análisis de Propuesta.

El Estudio de detalle propone una ordenación de volúmenes que permite agotar la edificabilidad permitida en el planeamiento. Para comprender mejor la propuesta volumétrica se acompaña una propuesta no vinculante de edificación (planos 5 y 6) que aunque tiene carácter orientativo, permite conocer la viabilidad tipológica de los volúmenes proyectados, la apariencia de los mismos, y la idoneidad de su implantación contando con las dificultades topográficas del terreno incluyendo, en las secciones más representativas, comprobación de los parámetros edificatorios en función de la normativa de aplicación.

Respecto a la edificabilidad máxima, la parcela nº 127 de 230,39 m2 de superficie neta (con alineaciones PGOU) resulta, aplicando el índice de edificabilidad de 1,16 m2t/m2s (la que permite la ordenanza CJ-3), la posibilidad de agotar 267,25 m2 de techo resultante. En



cuanto a la parcela nº 127 A, de 796,05 m² de superficie neta (con alineaciones PGOU) resulta, aplicando el índice de edificabilidad de 1.16m²/m²s (el que permite la ordenanza CJ-3) la posibilidad de agotar 923,42 m² de techo resultante.”

Asimismo, según se hizo constar en el Informe municipal de 8 de junio de 2015, el Jefe de Negociado verificó que “2. Las superficies grafiadas son correctas”.

Con base en dichos informes, la Junta de Gobierno Local adoptó, con fecha 31 de julio de 2015, Acuerdo aprobando inicialmente el Estudio de Detalle. Con posterioridad, [REDACTED] puso de manifiesto, en su escrito de alegaciones de septiembre de 2015 (en el citado expediente correspondiente al Estudio de Detalle propuesto por mi mandante), las irregularidades en las que el Ayuntamiento había incurrido al conceder la licencia de obras en 1973 y expresó que, para su concesión, ya se había tomado en consideración la superficie de la parcela 127-A que en la actualidad es propiedad de mi mandante. Y fue con motivo de tal escrito, cuando los técnicos municipales indicaron que, entonces, habría que considerar que la edificabilidad correspondiente a la parcela 127-A estaba agotada.

Cumple recordar igualmente que ni siquiera en la resolución municipal expresa de 5 de marzo de 2021, que denegó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por mi mandante, se cuestionó la lesión producida a mi mandante, ni se insinuó que no se hubiese patrimonializado ningún derecho cuyo daño pudiera ser indemnizable. Y ello es así porque, tal y como ponen de manifiesto los propios informes municipales emitidos en el expediente relativo al Estudio de Detalle promovido y especialmente el emitido con fecha 18 de mayo de 2015, estaban cumplidos los deberes urbanísticos pertinentes. Así lo acredita también el hecho de que el Ayuntamiento hubiese concedido la licencia a FAXSA en los años 70, tomando en consideración “irregularmente” la superficie de la parcela de mi representada (y previamente de sus causantes o transmitentes).

La lesión es concreta y susceptible de evaluación económica, al consistir el perjuicio causado en el valor económico de la edificabilidad (aprovechamiento urbanístico) que correspondía a la parcela 127-A, propiedad de HEMAMOLO S.L..

Finalmente, cumple reseñar que en el Dictamen pericial emitido por el Arquitecto D. Jesús Espinosa en mayo de 2019, que obra a los F. 180 y ss. Expte., se precisó (pág. 6) que se había efectuado levantamiento topográfico del que resulta que la parcela 127 A tiene una superficie total de 989,62 m², “que está comprendida dentro del suelo destinado a uso residencial CJ-3 con una superficie de 812 m² y dentro del suelo destinado a viario de 177.62 m²”. El citado levantamiento topográfico consta adjuntado al Dictamen en las págs. 68 y 69 (F. 247 y 248 del Expte). Sin embargo, en el citado Dictamen también se destaca lo siguiente (pág. 6):

“La superficie de solar neta real que se ha obtenido después de practicar el levantamiento Topográfica llevado a cabo por técnico competente tras descontar cesiones (con alineaciones POGU) es de: 989,62 m² (superficie real del solar) – 177,62 m² (pp. Viales afectados) = 812 m² (ver páginas 68 y 69 de este informe). No obstante a lo anterior, y aplicando el principio de prudencia, se ha tomado como superficie neta del solar la asumida por la Administración que es de superficie menor, en concreto de superficie solar neta = 796,05 m²s (796,05 m²s x 1,16m²s/m²t = Techo = 923,42 m²t)”.

El citado Perito, quien ratificó ante Su Señoría su Dictamen, explicó, en sala, la manera en que había procedido a valorar la edificabilidad o aprovechamiento de 923,42 m²t de techo de uso residencial (Ordenanza CJ-3), que habían reconocido los propios técnicos municipales, procediendo a determinar el valor de repercusión por metro cuadrado del suelo, al que



aplicar dicha edificabilidad (923,42 m²t).

Conforme el Perito explicó ante Su Señoría, en dicho Dictamen pericial (F. 231) justificó y determinó un valor de repercusión del suelo en el ámbito CJ-3 de 1.244,63 €/m²t y, por tanto, valoró la parcela 127A, propiedad de HEMAMOLO, y, más concretamente, el aprovechamiento de 923,42 m²t que corresponde a la misma (1,16 m²t/m²s x 796,05 m²s) en 1.149.313,75 euros:

*“VS SUELO URBANIZADO CJ-3 = 1,16 m²t/m²s x 796,05 m²s x 1.244,63 €/m²t
1.149.313,75 €”.*

Ni en vía administrativa ni en el escrito de Contestación a la demanda el Ayuntamiento demandado cuestionó o criticó la valoración de la citada edificabilidad o aprovechamiento que correspondía a la parcela 127-A, que había sido determinada en el citado Dictamen pericial emitido por el Arquitecto D. Jesús Espinosa en mayo de 2019.

En la declaración del Perito de esta parte, la Letrada del Ayuntamiento se limitó a preguntar e incidir en la complicada orografía del terreno y su carácter rocoso, pretendiendo hacer ver que sería prácticamente imposible construir en la citada parcela propiedad de mi representada. Todo ello sin aportar informe alguno al respecto y cuando, además, los propios técnicos municipales en informe de 18 de mayo de 2015, al analizar la propuesta del Estudio de detalle y la edificación prevista a ejecutar, habían manifestado que la propuesta permitía *“conocer la viabilidad tipológica de los volúmenes proyectados, la apariencia de los mismos, y la idoneidad de su implantación contando con las dificultades topográficas del terreno”*; y con base en tal informe había sido aprobado inicialmente el Estudio de Detalle. Siendo la única razón esgrimida en el posterior Acuerdo municipal, para denegar su aprobación definitiva, el *exceso de edificabilidad no permitido por la ordenación urbanística aplicable, como consecuencia de la edificabilidad ya aprobada en su día en la licencia urbanística OM 1973/73, promovida por la entidad FAXSA.*

TERCERO.- La parte apelada, prescindiendo de inserciones documentales, opone:

-En primer lugar, estimamos que dada la naturaleza del recurso de apelación, no sería prosperable este recurso interpuesto por la parte recurrente por cuanto su escrito de alegaciones es una verdadera repetición de las cuestiones planteadas en primera instancia que han sido resueltas por la Sentencia de 4 de julio de 2024, pero sin hacer una crítica de los errores en que, a su entender, haya incurrido dicha sentencia. No se trata de analizar de nuevo las cuestiones e imponer su interpretación sino que la apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia.

Es doctrina jurisprudencial consolidada y recogida en las recientes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 6 de febrero de 2024 (nº 278/2024, rec. 933/2023), y de fecha 19 de febrero de 2024 (nº 545/2024, rec. 1090/2023) que: (....)

Por tanto, entendemos que, dado que el recurso de apelación del recurrente no contiene un examen crítico de la sentencia, donde argumente la errónea aplicación de una norma concreta, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba, limitándose a defender su subjetivo parecer por encima del juicio de la Juzgadora de Instancia, no sería admisible el presente recurso, procediendo la confirmación de dicha sentencia.

- Con carácter subsidiario, nos oponemos al recurso de apelación interpuesto por la entidad HEMAMOLO S.L. solicitando que sea confirmada la Sentencia dictada por el



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de fecha 4 de julio de 2024, con el siguiente FALLO: (...)

La Juzgadora de Instancia ha resuelto, de manera motivada y congruente, desestimando dicho recurso contencioso-administrativo, donde la entidad recurrente solicitaba una indemnización de 1.149.313,75 euros en concepto de responsabilidad patrimonial, concluyendo en su Fundamento de Derecho Cuarto que: (...)

El recurrente en el apartado tercero de su escrito de recurso defiende que existe antijuridicidad en la actuación de este Ayuntamiento. Nada más lejos de la realidad, como se puede comprobar con los informes técnicos y jurídicos que obran en el expediente administrativo y los informes adjuntados por esta parte en la Instancia. El Ayuntamiento de Málaga, concretamente la Gerencia Municipal de Urbanismo, ha actuado conforme a Derecho y de acuerdo con la normativa urbanística aplicable, tanto en el año 1973 cuando tramitó y concedió la licencia de obra mayor a la entidad solicitante FAX SA (OM 1573/1973), como en el año 2017 cuando se denegó la aprobación del Estudio de Detalle (ED- PP 18/2015), por la resolución de 27 de julio de 2017, presentado por la entidad Hemamolo junto con otro propietario.

Pero además, no sólo no existe ninguna actuación antijurídica sino que tampoco se puede hablar de que se haya ocasionado una lesión antijurídica por cumplir la administración municipal con la normativa urbanística legalmente aplicable.

En este sentido, la Juzgadora de instancia, a la vista del expediente administrativo y de los informes técnicos, y tras analizar los presupuestos necesarios para exigir una responsabilidad patrimonial, ha llegado a la convicción de que en el presente caso no hay una conducta antijurídica al haber actuado la Administración conforme a Derecho. Y llega a esta convicción partiendo de los siguientes razonamientos: (...)

Es un hecho no controvertido, que el acuerdo de denegación de la aprobación definitiva del Estudio de Detalle fue declarado conforme a Derecho por la Sentencia nº 2536/2018, de 21 de noviembre (recurso nº 638/2017) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, del TSJ de Andalucía. En esta importante sentencia, tanto por su detallada motivación como por su vinculación con el presente recurso, se analizan en profundidad muchos de los aspectos que vuelve a plantear el recurrente bajo la perspectiva de esta reclamación patrimonial; sin embargo, las cuestiones jurídicas que ya fueron examinadas por el TSJA Sala de Málaga siguen teniendo pleno predicamento y no pueden ser alteradas por el artificioso planteamiento del recurrente para justificar esa elevadísima indemnización que está exigiendo a esta administración municipal con una ausencia total de buena fe e imputando a esta Administración una actuación negligente en los años 70 totalmente infundada.

Por tanto, la denegación de la aprobación del ED ha sido una actuación administrativa conforme con la aplicación de la normativa urbanística (DA 2ª PGOU-2011). No se puede edificar en una parcela cuyas superficies sirvieron para el cómputo de edificabilidades de construcciones erigidas al amparo de planeamientos anteriores. Previsión lógica y coherente para evitar que el suelo compute a efectos de edificabilidad más de una vez cuando haya cambios de planeamiento y no haya habido aumento de edificabilidad, y que se analizó con el mismo resultado en todos los PGOU aplicables desde la fecha de la licencia, PGOU de 1971, pasando por los PGOU de 1983, de 1997 hasta el actual PGOU 2011.

Igualmente, y por lo que respecta a la actuación municipal en el año 1973, con el otorgamiento de la tan citada licencia OM 1573/73 a la entidad solicitante FAX SA, también fue una actuación administrativa municipal conforme a derecho. Y así lo recoge la sentencia



de instancia: (...)

Ante la acusación sin fundamento de la recurrente de que la administración actuó de manera negligente y culposa, ya que no verificó la titularidad del suelo cuya licencia de obras fue solicitada por FAX SA, la Juzgadora de Instancia llega a la siguiente convicción: (...)

- La licencia OM 1573/1073 no le ha ocasionado ninguna lesión antijurídica.

La Licencia OM 1573/1973 concedida a la entidad FAX SA fue otorgada en cumplimiento de la normativa urbanística aplicable para la concesión de una licencia urbanística, en este caso, de obra.

Es un principio indiscutible en el ámbito de las licencias y concretamente en el ámbito de las licencias urbanísticas que éstas se otorgan salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero. Y lo que esta expresión significa no es lo que pretende la parte recurrente ni dicen las referencias jurisprudenciales que aporta (subrayando solo una parte sin destacar el verdadero sentido de la cláusula). Es la propia Sentencia de la Sala de Málaga, de 21/11/2018, la que recoge el significado de esta cláusula, expresando lo siguiente:

“salvo derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”, cuyo significado es que al otorgar la licencia, tanto en 1973 como ahora, la Administración realiza un control de legalidad, pero no de todo el ordenamiento jurídico, sino tan sólo del urbanístico, de manera que la Administración, cuando actúa esta potestad, no puede extenderla a otros aspectos distintos del urbanismo. Quedan, pues, fuera del ámbito de esta potestad todas las cuestiones jurídicas del peticionario de la licencia, incluidas las que se relacionan con terceros. De ahí que la cláusula “salvo derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros contenida en el artículo 12 del RSCL, referida a las autorizaciones y licencias en general, es plenamente aplicable a la licencia urbanística.

Sin que dicha cláusula habilite una especie de nulidad que se pueda hacer valer de cualquier modo”

“No es objeto de recurso la licencia de obras del año 1973 que agotó la edificabilidad de la parcela, que como toda resolución administrativa cumple función regularizadora y estabilizadora, en función de la seguridad jurídica, por lo que mientras subsista vincula a la propia Administración concedente, al beneficiario de la misma y a tercero”.

Así lo expresó también el Informe del propio Servicio Jurídico Administrativo de Licencias de la GMU de fecha 11/01/2021 (aportado como documento nº 1 con nuestro escrito de contestación a la demanda):

“A través de las licencias urbanísticas, la Administración realiza un control de legalidad, pero no de la legalidad en general, sino de la legalidad urbanística. De aquí deriva que no corresponda a la Administración Municipal controlar, a través de la licencia de obras o de primera ocupación, la titularidad dominical del terreno sobre el que se solicitada licencia”

Este principio general tiene su amparo en el art. 12.1 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, aplicable a dicha licencia urbanística: *“Las autorizaciones y las licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”.*

Principio general que ha sido recogido en las diversas legislaciones urbanísticas, y concretamente en el art. 5.3 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo por el que se aprobó el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (que lógicamente no estaba en vigor en el año 1973). Textualmente, recoge dicho art. 5.3:

“1. La licencia es un acto reglado de competencia exclusiva de la Administración municipal. No podrán concederse licencias con base a las determinaciones de planeamientos futuros ni



siquiera condicionadas a la aprobación de los mismos.

3. Las licencias urbanísticas deben otorgarse dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de terceros, y para solicitarlas no será necesario acreditar la titularidad de los inmuebles afectados”

Dicha cláusula aparece hoy recogida en el art. 287.3 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía:

“Artículo 287 C oncepto y normas generales de las licencias urbanísticas

1. La licencia urbanística es un acto reglado de competencia exclusiva de la Administración municipal. No podrán concederse licencias con base en las determinaciones de instrumentos de ordenación futuros ni siquiera condicionadas a la aprobación de estos.

3. Las licencias urbanísticas deben otorgarse dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de terceros, y para solicitarlas no será necesario acreditar la titularidad de los inmuebles afectados, salvo cuando su otorgamiento pueda afectar a los bienes y derechos integrantes del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tanto de dominio público o demaniales, como de dominio privado o patrimoniales, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones exigibles de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora del patrimonio de la correspondiente Administración Pública”

La licencia urbanística tiene como objetivo contrastar si las obras se ajustan a la normativa urbanística, sin que tenga ninguna relevancia la titularidad del terreno edificable por ser esta cuestión ajena a la competencia administrativa lo que supondría una injerencia en cuestiones de propiedad cuyo juicio corresponde al orden civil.

Nuestra jurisprudencia determina de forma reiterada que las licencias son actos administrativos mediante los cuales la Administración actúa un control preventivo sobre la actividad de los administrados para asegurar que el aprovechamiento de los terrenos que se pretende llevar a cabo se ajusta a la ordenación urbanística, por lo que la normativa a examinar es esta última, y no otra, y no corresponde a la Administración controlar a través de la licencia la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende construir, y ello tanto por no ser ésta la finalidad del acto administrativo, como por carecer de competencias la Administración para tal pronunciamiento, como, en definitiva, por los nulos efectos que la licencia urbanística tiene en relación a los derechos reales, que no modifica ni altera (Sentencia, entre otras, del T.S., Sala 3ª, de 17.07.1987), con la única excepción de los bienes de dominio público, en los que se admite la procedencia de la denegación de licencia, si bien con la mera eficacia prejudicial establecida en el art. 4 de la L.J.C.A. (Sentencias del T.S., de 02.05 y 25.06.1989, 03.07 y 25.09.1991, 25.02.1992, 05.04.1993, 18.02.1999, entre otras muchas otras).

Por consiguiente, los nulos efectos que el otorgamiento de una licencia urbanística tiene en relación a los derechos de propiedad preexistentes van íntimamente relacionados con la innecesariedad de que la Administración examine derechos de propiedad a la hora de otorgar una licencia, y la imposibilidad de que una licencia se deniegue por motivos de propiedad.

En definitiva, de lo expuesto anteriormente debemos concluir que la actuación municipal en cuanto al otorgamiento de la licencia otorgada a FAXSA no puede ser calificada de culposa o negligente, tal como manifiesta la entidad reclamante, por cuanto esta licencia fue concedida al solicitante por Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, de fecha 15 de noviembre de 1974, de acuerdo con los requisitos legalmente exigidos, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de terceros,



siendo los tribunales de justicia del orden jurisdiccional civil los competentes para dilucidar cualquier cuestión relativa a la titularidad dominical de los terrenos afectados por dicha licencia.

Todo ello sin perjuicio de que, además, la afirmación de la recurrente de que la titularidad de la superficie sobre la que se concedió la licencia de obras correspondía en 1973 al [REDACTED], de quien trajo causa posteriormente HEMAMOLO, dista mucho de ser pacífica, como se refleja en el informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo que aportamos en la instancia (22/12/2023).

- Aunque la resolución administrativa impugnada en este recurso contencioso-administrativo está suficientemente motivada y así lo ha resuelto la sentencia de instancia, volvemos a reiterar de modo breve los resultados de la investigación que realizó la Gerencia Municipal de Urbanismo acudiendo al Archivo Histórico Provincial del Catastro así como teniendo en cuenta todos los expedientes urbanísticos de la entidad HEMAMOLO S.L. y de su causante el [REDACTED], junto con las escrituras públicas existentes en dichos expedientes.

Como ya se expuso en la instancia y dada la afirmación categórica de la parte recurrente sobre que por esta parte *“no a cuestionado que la parcela 127 A, propiedad de Hemamolo S.L., estaba integrada en la finca registral número 2540 del Registro de la Propiedad de Málaga número 2 y que nunca fue propiedad de la mercantil FAXSA, se solicitó y se adjuntó como documento nº 1 un informe emitido por el Servicio Jurídico Administrativo de Ejecución del Planeamiento de la Gerencia Municipal de Urbanismo, con fecha 22 de diciembre de 2023, que resulta especialmente ilustrativo acerca de cuál ha sido la forma de proceder de la parte actora, donde queda aclarado que “La parcela nº 127-A no se encuentra dentro de la parcela catastral UTM 6552101 UF 7665 S cuyo titular catastral no es el [REDACTED]”*

A lo largo del informe se detallan las numerosas incidencias relativas a la finca registral nº 2.540 y a la parcela catastral 127-A, concluyendo que:

- *En los años 70 la parcela 127-A no era titularidad catastral del [REDACTED], figurando como contribuyente [REDACTED]*

- *En los años 70, catastralmente el [REDACTED] figuraba como contribuyente de una parcela colindante, no de la parcela 127-A.*

- *Que es en septiembre del año 2.006 y en virtud de la modificación catastral instada por HEMAMOLO S.L., cuando dicha entidad pasa a figurar como titular catastral de la parcela 127-A, no habiendo constando nunca el [REDACTED] en dicho Registro Pú superficial.*

- *Que, según documentación gráfica aportada Por [REDACTED] y [REDACTED] al Expediente LP 98/2000, el [REDACTED] era titular de una finca de una superficie de 8.831 m2 que no formaba parte de la parcela que obtuvo Licencia de obras por FAXSA en 1973.*

- *Que en la finca resto de 8.074,00 m2, que resultó de la escritura de segregación y compraventa otorgada el día 12 de Junio de 2001, ante el Notario D. Vicente José Castillo Tamarit, al número 555 de su protocolo, se incluían los 3.228,88 m2 que fueron objeto de expropiación por el Excmo. Ayuntamiento y que habían tenido acceso al Registro de la Propiedad el 25 de abril de 2001 y no se incluía la parcela 127-A.*

- *Que, según la documentación gráfica aportada por [REDACTED] al expediente “Proyecto de Expropiación de Terrenos incluidos en el istema Local ++++ en*



relación con la escritura de adjudicación de herencia otorgada con fecha 3 de marzo de 2005, ante el Notario D. Juan Carlos Martín Romero, los 6.444,58 m² propiedad de HEMAMOLO S.L. no eran parte de la parcela que obtuvo Licencia de obras por FAXSA en 1973”

Por tanto, y en base a todo lo expuesto, entendemos que no sólo son inciertas sino temerarias las afirmaciones que realiza la recurrente tanto sobre una actuación fraudulenta de la entidad FAX SA por aportar a la petición de la Licencia de OM terrenos propiedad del [REDACTED], como sobre una actuación negligente del Ayuntamiento de Málaga, que concedió una licencia de Obra Mayor a un tercero sobre una parcela que era propiedad de HEMAMOLO por herencia de su causante [REDACTED]. Nada más lejos de la realidad, como ha quedado acreditado.

- Por último e hipotéticamente hablando, de manera subsidiaria a todo lo expuesto, nos oponemos a la indemnización reclamada por la entidad HEMAMOLO S.L.

En el régimen de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística, es fundamental la concurrencia de una lesión patrimonial efectiva, bien por la patrimonialización de los aprovechamientos, bien por la existencia de un daño efectivo o emergente, previa delimitación del concepto de patrimonio afectado, pues se tiende a calificar, erróneamente, como derechos lo que en realidad son meras expectativas de derecho que no se integran en el patrimonio, esto es, no están patrimonializados por no haberse realizado de forma efectiva. Circunstancias que se dan en el presente caso, en que no se ha patrimonializado ningún derecho cuyo daño pudiera ser indemnizable.

La efectiva patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos, exige el previo cumplimiento de los deberes y la ejecución de las obras de urbanización. Antes de este momento, únicamente estamos ante expectativas de derecho sin contenido patrimonial, que en modo alguno pueden integrarse en el derecho de propiedad del suelo.

Así, la STS de 12 de mayo de 1987 (RJ 5255), referenciada, entre otras muchas, por la STS de 22 de marzo de 2011 (RJ 2416), describe con meridiana claridad la conexión causal entre deberes y aprovechamientos urbanísticos: *«En el suelo urbano y en el suelo urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. No sería justa esta adición de contenidos si se produjera pura y simplemente y por ello, como contrapartida, en tales supuestos se imponen importantes deberes arts. 83.3 y 84.3 del Texto Refundido- cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal dada la complejidad de su ejecución. Pues bien, sólo cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario “ha ganado” los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial.*

No basta, así, el Plan de detalle para atribuir un derecho derivado del destino urbanístico previsto en aquél. Tal derecho solo se adquiere, sólo se patrimonializa cuando el propietario, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio. Es evidente la conexión causal existente entre deberes, por un lado, y aprovechamientos urbanísticos, por otro. Sólo el cumplimiento de aquéllos confiere derecho a éstos».

En este sentido se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Canarias, en su Dictamen 511/2020:

Por ende, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el



patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento hayan devenido inútiles». (Sentencia, de 23 mayo de 2014, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo).

El lucro cesante ha de apreciarse restrictivamente y ha de resultar probado que se dejaron de obtener las ganancias, con la debida relación de causa a efectos con la actuación administrativa”

Por tanto no existe el perjuicio que reclama por cuanto estamos ante expectativas de derecho sin contenido patrimonial, al no haberse hecho la efectiva patrimonialización del aprovechamiento urbanístico.

Y así lo ha entendido la Juzgadora de instancia al exponer lo siguiente: (...)

El carácter rocoso de la zona al que alude la sentencia resulta evidente: (...)

CUARTO.- La sentencia apelada desestima del recurso contencioso-administrativo ante la firmeza de la licencia concedida en 1973 bajo la legalidad urbanística vigente en ese momento, por lo que no hubo negligencia, y sin que se haya acreditado que la Administración haya actuado fuera de legalidad a la hora de denegar el Estudio Detalle.

La parte apelante insiste en el argumentario realizado en la instancia (demanda, ampliación a la demanda y conclusiones) para pretender la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de no poder aprobarse el Estudio de Detalle (y licencia) para la promoción de su parcela catastral 127-A y haber resultado privada de edificabilidad al haber concedido por la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Málaga a 15 de noviembre de 1974 al expediente OM 1973/73, a la entidad FAXSA una licencia de obras, en un procedimiento en que se cometieron las irregularidades que denuncia, entre ellas tomar en consideración una superficie que no era propiedad de dicha entidad, sino de HEMAMOLO S.L. (y de su transmitente) ; pero estimando que en todo caso responde la Administración, aunque el otorgar la licencia el funcionamiento hubiera sido normal, cuestión ésta sobre que la sentencia no se pronuncia, aunque no es postulado que incida en incongruencia.

Argumentario que es contrarrestado por la parte apelada, reproduciendo también lo dicho en instancia (contestación a la demanda y conclusiones).

Por ello no está demás recordar que conforme al artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia de acuerdo con los motivos impugnatorios que se articulan en el mismo, lo que hace que los Tribunales de segunda instancia limiten el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia. En este sentido, el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso, señaló en varias ocasiones que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable. Así la STS del 15 de julio de 2009, Recurso: 1308/1988, FD 2º, o la STS 4595/2014 de 7/11/2014, REC



3504/2012, o la la STS 20/2021, de 18 de enero de 2021, Recurso: 1832/2019, al FD .

También el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de diciembre de 1994 , afirma que el no incorporar un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada es omisión que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

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, que al caso si es presentado denunciando en propiedad, sin mentarlo, error in iudicando.

QUINTO.- La responsabilidad de las Administraciones Públicas tiene su base no sólo en el principio genérico de la tutela efectiva, que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el artículo 24 de la Constitución Española, sino también, de modo específico, en el artículo 106.2 de la misma, al disponer que *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Actualmente, a nivel estatal, su regulación se encuentra, con respecto a los principios de la responsabilidad y a la indemnización y su cálculo, en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), y, con respecto al procedimiento, en los artículos 53 a 95, del título IV, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), que en su artículo 88.5 permite la inadmisión a trámite de la reclamación, entre otros casos, cuando tales solicitudes sean *“manifiestamente carentes de fundamento”*. Esta normativa entró en vigor el 2 de octubre de 2016, y derogó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

El artículo 32 de la LRJSP en su apartado 1, determina el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Y en su apartado 2 establece que: *“en todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

En consecuencia, este derecho no implica que la Administración tenga el deber de responder, automáticamente, por todo daño que puedan sufrir los particulares como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial deben darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso. Así en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren al menos los siguientes



requisitos:

- a) Que exista un hecho imputable a la Administración a la que se exija la responsabilidad.
- b) Que ese hecho haya causado un daño o perjuicio real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- c) Que reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño (daño antijurídico).
- d) Que exista una relación causa-efecto entre hecho y perjuicio (relación de causalidad).
- e) Ausencia de fuerza mayor u otra causa de exclusión de responsabilidad.

La a carga de la prueba de los hechos recae sobre el reclamante, por lo que es necesario que aporte al expediente todos aquellos datos, informes o documentos –gráficos, notariales, etc.– que permitan demostrar la existencia del nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño alegado; que el daño aducido, en definitiva, cumpla con los requisitos exigidos por el artículo 32 de la LRJSP.

La STS 1445/2017, de 27 de septiembre, rec. 1777/2016, que incide en la especial relevancia que adquiere la exigencia de la antijuridicidad del daño, *“que no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto o norma causante del daño, sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto imponga o no al perjudicado esa carga patrimonial singular de soportarlo. Es decir, la antijuridicidad no aparece vinculada al aspecto subjetivo del actuar antijurídico, sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, pero entendido en el sentido de que no exista un deber jurídico del perjudicado de soportarlo por la existencia de una causa de justificación en quien lo ocasiona, es decir, la Administración”*

La intervención de un tercero, ajeno a la Administración y al perjudicado, cuando esta actuación sea determinante del daño, puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad de la Administración. Siendo doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración y consiguiente deber de soportar por el administrado, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (SSTS de 15 de marzo de 2011 y de 1 de julio de 2009). Dice STS de 12 de diciembre de 2006, rec. 7117/2002, en su FD 3º: *“.-No obstante, el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso... así, como señala la sentencia de 14 de octubre de 2004 , “la jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, mas no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002 - pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (*





Sentencias de 8 de enero de 1967 , 29 de mayo de 1984 , 11 de abril de 1986 , 22 de julio de 1988 , 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997 , entre otras)". Se insiste STC 19 de junio de 2007 , rec. casación 10231/2003 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesa del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

Por otra parte, Tribunal Supremo establece, al hilo de actuaciones de organismo administrativos supervisores, que la intervención de éstos no supone *per se* la concurrencia de responsabilidad patrimonial en el caso de que se produzca una disfunción, en tales casos para que se pueda apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es necesario que en el ejercicio de su función el órgano supervisor haya actuado de forma arbitraria, injustificada o de forma contraria al ordenamiento. Como dice la STS de 27 de enero de 2009, Rec. 5921/2004, *"la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, lo que supone una valoración propia de un órgano técnico [...] con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma, lo que, entre otros extremos, requiere una concreción o especificación de los controles omitidos o de las insuficiencias o defectos de las medidas en su caso adoptadas en relación con el supuesto de referencia"*.

En el concreto ámbito urbanístico, la STA de 30 de abril de 1991 ((Ar 3437), a propósito de licencia de obra concedida y luego anulada en vía judicial, precisa que la Administración pública tiene el deber de analizar rigurosa y detalladamente las solicitudes presentadas y de denegarlas cuando presenten una contradicción con el ordenamiento jurídico, de modo que, para que sea apreciado el dolo o culpa grave del peticionario, se observará si ha utilizado medios o formas inexactas que hayan podido razonablemente inducir a error a la Administración concedente, e este modo, el simple error no podrá tener este efecto exonerador de la responsabilidad de la Administración.

SEXTO.- Al caso de autos estamos ante dos actos administrativos firmes. La licencia de obras concedidas por el Ayuntamiento en 1973 al tramitar el Expediente OM 1373/73, a instancias de FAXSA; y el acuerdo municipal que deniega la aprobación del Estudio de Detalle, que impugnado por la ahora apelante ante esta Sala de 21 de noviembre de 2018, al recurso de apelación 638/2017. La existencia de ambos actos firmes lleva a la sentencia de instancia a afirmar que la Administración no actúa antijurídicamente, sin que pueda entrarse a dilucidar la propiedad de la finca en cuestión.

La cláusula *"salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros"* contenida en el artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales la misma no habilita



una especie de acción de nulidad que se pueda hacer valer de cualquier modo, puesto que la pretendida imprescriptibilidad de la acción de impugnación de los actos nulos de pleno derecho sólo es predicable respecto de la acción que se ejercita en vía de la revisión de oficio (STS de 20 de septiembre de 2010 (casación 7389/2005), que a su vez, recoge los términos de la de 27 de febrero de 2003 (casación 9698/1998)). Pero como, apuntan ambas partes, dado que la apropiación por la propiedad de la finca colindante de los aprovechamientos que correspondían a la finca de la ahora apelante, fue hace cincuenta años, la acción de nulidad es inviable.

Por lo que ausentes específicos mecanismos de impugnación, cabe acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre, claro está, que la reclamación cumpla todos los requisitos legalmente establecidos (STS 816/2022, del 01 de marzo de 2022 Recurso: 1651/2021), como es la antijuricidad, que, como antes se dijo, no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto o norma causante del daño, sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto imponga o no al perjudicado esa carga patrimonial singular de soportarlo. Es decir, la antijuridicidad no aparece vinculada al aspecto subjetivo del actuar antijurídico, sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, pero entendido en el sentido de que no exista un deber jurídico del perjudicado de soportarlo por la existencia de una causa de justificación en quien lo ocasiona, es decir, la Administración

Lo convencionalmente llamado "objetivación" de la responsabilidad patrimonial de la Administración, introduciendo un cierto equívoco innecesariamente, pues no se quiere decir, obviamente que cualquier perjuicio económico que pueda resaltar de los servicios administrativos tenga causa jurídica para pretender una reparación. La cláusula lleva ínsitos unos criterios normativos de imputación –ilegalidad, culpa subjetiva, culpa objetiva, riesgo y sacrificio especial- que no pueden ser utilizados indistintamente para cualquier tipo de actividad administrativa y ante cualquier evento dañoso, de suerte que si el daño no fuere imputable a la Administración a título de anormalidad del servicio público siempre sería posible tal imputación a título de riesgo o de sacrificio especial. En la generalidad de los casos, las actividades jurídicas o materiales que la Administración lleva a cabo no son en sí mismas peligrosas ni creadoras de situaciones de riesgo patrimonial, y por ello, si se realizan bajo pautas o estándares de normalidad, los eventuales daños resultantes no le son en modo alguno imputables; únicamente su prestación anormal, irregular o deficiente puede operar como criterio legal de imputación de tales daños a la Administración. Sólo el supuesto de daño producido por actuación de un riesgo creado por la Administración en su propio interés es, en realidad, como ocurre de no muy diferente manera en las situaciones de derecho civil estricto, es el único caso de una responsabilidad patrimonial de la Administración estrictamente objetiva, de causalidad material. Se trata, en este último supuesto, de daños excepcionales derivados de peligros o riesgos que ocasiona la actividad administrativa, en que el título de imputación por riesgo operará siempre que el hecho determinante del daño se hubiera producido, pese a haberse adoptado todas las medidas reglamentarias de seguridad.

No estando al caso de autos ante una actividad de riesgo creada en beneficio de la propia Administración, es menester comprobar si la concesión de la licencia en 1974 se ajustó a estándares de normalidad, y ello con base a normativa entonces aplicable, puesto que para enjuiciar su regularidad sólo sería posible aplicando la normativa y circunstancias que existían cuando fue ejercida la potestad correspondiente por la Administración (STS de 24



de Noviembre de 2004, casación 6922/02).

La licencia de 1974 se concedió cuando era considerado que el control realizado desde los ayuntamientos en los expedientes de licencias urbanísticas se ceñía, como acto reglado, declarativo de derecho, que levanta una prohibición existente, a la comprobación de que lo proyectado era conforme con las normas urbanísticas, PGOU de Málaga de 1971, a todos los niveles tal y como establecía la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre régimen de suelo y ordenación urbana, art.165, que en su nº 2 remite al *“procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las Entidades locales”*. Es decir el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, que en su art. 9.1, la solicitud fue acompañada de proyecto técnico, y la administración debe determinar su adecuación a los planes de ordenación (art 1.1 3.º y 21.2, del mismo Reglamento).

Estando entonces consolidada la doctrina que entendía no correspondía a la Administración controlar a través de la licencia de la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende construir, que se traduce en la operatividad de la cláusula de *“salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero”* que aparece recogida en el art. 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, quedando excluido el conocimiento de la propiedad de los terrenos, como entendía la jurisprudencia de entonces: STS del 11 de mayo de 1965 (ROJ: STS 1133/1965 - ECLI:ES:TS:1965:1133) CONSIDERANDO *que, en efecto, el examen de la sentencia impugnada revela que la articulación dialéctica del raciocinio resolutorio incide en una verdadera “contradictio in terminis” al declarar, por una parte, la antijuricidad de los acuerdos municipales en cuanto vulneran el derecho de propiedad, reconocido y proclamado por el artículo 348 del Código Civil , limitando una de las facultades inherentes al mismo, cual es la de construir en suelo propio, sin que así lo imponga una previa y adecuada planificación, sino en previsión de ulteriores realizaciones urbanísticas, y rehusar por otra la declaración de que el propietario puede legalmente edificar una casa en su finca al no haber demostrado que la parcela urbana sobre la que pretende realizarlo tenga la consideración de solar por estar dotada de los servicios mínimos de urbanización a que se refiere el artículo 63 de la Ley del Suelo , pues tales pronunciamientos son antagónicos, ya que, basados tanto el acuerdo denegatorio de 27 de marzo, como el desestimatorio de la reposición de 7 de mayo, ambos de 1963, en meras razones urbanísticas, es obligado atenerse exclusivamente a ellas, esto es, a su justificación y oportunidad aplicativas para decidir si la licencia de edificación debe concederse o denegarse, ya que el precepto básico de Derecho privado que antes se cita somete las facultades dominicales a las limitaciones que las leyes establezcan y el 61 de la de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 enuncia categóricamente que las mismas se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes en ella establecidos, o, en su virtud, por los Planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios. O la STS del 05 de febrero de 1975 (ROJ: STS 1597/1975 - ECLI:ES:TS:1975:1597) “CONSIDERANDO que mediante la licencia de obras la Administración interviene para fiscalizar la adecuación a las normas limitativas del derecho a edificar, es decir, para que dicho derecho se ejercite según la apreciación del interés público contenida en los Planes, Ordenanzas y, demás normas incluso subsidiarias, razón por la cual el hecho de la titularidad del terreno edificable es ajeno a este aspecto de la competencia - administrativa que- en general no podrá denegar la licencia con fundamento*



en la falta de aquélla en el solicitante salvo los casos en que una necesaria defensa del dominio público así lo imponga, pero siempre que "de modo patente".

Jurisprudencia en la que subyace la doctrina sobre que el principio de habilitación administrativa supone que la Administración solo tiene las potestades públicas expresamente otorgadas por el Ordenamiento Jurídico y por norma con rango suficiente en cada caso. Desde este punto de vista, toda circunstancia que escape a su conocimiento tras ejercer todas las facultades de investigación que el ordenamiento jurídico le otorga, se configura como un hecho ajeno a su ámbito competencial y por ello también ajeno a su actividad - ya sea positiva, acción, o negativa, omisión. No existe actuación posible fuera de las competencias expresamente otorgadas, y por tanto no puede existir acción u omisión a la que anudar causalmente un resultado. No existe en tales casos el elemento de la acción u omisión que constituye la base de la responsabilidad patrimonial.

Ahora bien la cuestión de la propiedad, que es la única considerada en la sentencia apelada, es una de las alegadas en la reclamación de responsabilidad patrimonial – que *“La lesión es imputable al Ayuntamiento de Málaga al haber concedido en su día a la entidad FAXSA una licencia de obras, tomando en consideración una superficie que no era propiedad de dicha entidad, sino de HEMAMOLO S.L. (su causahabiente); lo que, ala postre, supuso el agotamiento de la edificabilidad de su parcela (127-A).”*; pero no la única. Allí se expresó y vuelve a reiterarse en la demanda, en la ampliación a la demanda, en las conclusiones y en el recurso de apelación, otras irregularidades.

Ateniéndonos a lo que contas en el expediente OM 1373/73, aportado como documento 3º de la demanda, constata la Sala que la solicitud de licencia formulada por FAXSA en 1973 para la construcción de tres edificios, destinados a 62 viviendas, alegando que el Proyecto se realizaba sobre un solar de 7.800 m2 de su propiedad fue acompañada de proyecto de obras sin que se identificara la finca objeto del proyecto de obras, aportando unos planos, que incluían en la grafía de la parcela 127-A -la de autos- y de la parcela nº 127.

La parcela objeto del proyecto de la licencia presentada se hallaba en zona de Reserva urbana, como señaló la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda en sucesivos informes obrantes en el expediente OM 1573/73. Y así lo reconoce informe de técnico municipal de 30/11/215, al expediente de Estudio de Detalle: *“El expediente de licencia se refiere a una parcela de 7.400 m2 que tiene una doble clasificación de suelo, la que le asignaba entonces el Plan General de Málaga de 1971. Estas clasificaciones se refieren una a suelo urbano con ordenanza RP y otra a zona de reserva urbana (RM). En la primera se asentaba las promociones de viviendas denominadas bloque B (con acceso a la Avenida del Pintor Sorolla) y en la segunda la promoción de viviendas denominadas Bloque A (dos edificios exentos con acceso al Camino de la Desviación). De los incluidos en el informe del técnico municipal se definen los siguientes parámetros:*

Zona RP-4, parcela de 2.100 m2 de superficie donde se sitúa el Bloque B. La edificabilidad es de 4,5 m2/m2 con un volumen máximo de 11.250 m3/m2. En los datos de proyecto consta volumen total del bloque B de 9.520,46 m2.

Zona RM-3C, parcela de 5.300 m2 de superficie donde se sitúan los bloques tipo A. La edificabilidad es de 2 m3/m2, con un volumen máximo de 10.600 m3/m2. En los datos de proyecto consta un volumen total de 10.592,46 m3.”



repercusión por metro cuadrado del suelo, al que aplicar dicha edificabilidad (923,42 m²). Dictamen no contradicho por informe o pericia contrarios, puesto que aunque la defensa del Ayuntamiento trata de combatirlo vía de conclusiones, lo hace con apoyo de inserción en su texto de documentales y acompañando como documento nº 1 un informe que emitido por el Servicio Jurídico Administrativo de Ejecución del Planeamiento de la Gerencia Municipal de Urbanismo, con fecha 22 de diciembre de 2023, que en su día no fue propuesto en tiempo y forma, y conculcando la finalidad del escrito de conclusiones (v.gr., STS 5314/2014, de 23 de diciembre de 2014, Recurso: 3462/2013), al no ser el trámite de conclusiones adecuado para presentar pruebas (por todas STS 1894/2014, de 5 mayo 2014 N° de Recurso: 6071/2011), en el que también basa su contestación al recurso de apelación, sin que en esta segunda instancia haya sido propuesta prueba.

En el referido dictamen pericial se indica que se ha efectuado levantamiento topográfico - que se adjunta al dictamen- del que resulta que la parcela 127 A tiene una superficie total de 989,62 m², “que está comprendida dentro del suelo destinado a uso residencial CJ-3 con una superficie de 812 m² y dentro del suelo destinado a viario de 177.62 m²s. Añadiendo que “La superficie de solar neta real que se ha obtenido después de practicar el levantamiento Topográfico llevado a cabo por técnico competente tras descontar cesiones (con alineaciones POGU) es de: 989,62 m² (superficie real del solar) – 177,62 m² (pp. Viales afectados) = 812 m² (ver páginas 68 y 69 de este informe). No obstante a lo anterior, y aplicando el principio de prudencia, se ha tomado como superficie neta del solar la asumida por la Administración que es de superficie menor, en concreto de superficie solar neta = 796,05 m²s (796,05 m²s x 1,16m²s/m²t = Techo = 923,42 m²t)”.

Es decir el perito un valor de repercusión del suelo en el ámbito CJ-3 de 1.244,63 €/m²t y, por tanto, valora el aprovechamiento de la parcela 127A en 923,42 m²t que corresponde a la misma (1,16 m²t/m²s x 796,05 m²s), en 1.149.313,75 euros:

“*VS SUELO URBANIZADO CJ-3=1,16 m²t/m²s x 796,05 m²s x 1.244,63 €/m²t 1.149.313,75 €*”.

A esa suma, ya reclamada al presentarse la reclamación de responsabilidad patrimonial, se atiene la Sala, a la que deben añadirse los intereses legales desde la reclamación administrativa, por cuanto, sin perjuicio de que sea en la sentencia donde finalmente se fija la cantidad debida, no puede obviarse que el derecho a la indemnización lo tenía ya la perjudicada con anterioridad, y que al menos desde la reclamación que efectúa ante la Administración tuvo ésta la oportunidad de valorar y, en su caso, abonar la cantidad que considerase procedente, tratándose de una deuda de valor.

Por tanto, procede el pago de los intereses legales desde el día de la presentación de la reclamación por responsabilidad patrimonial, hasta la fecha de notificación de esta sentencia, con aplicación, a partir de ese momento, de lo dispuesto en el artículo 106.2 LJCA (STS 594/2024, del 10 de abril de 2024, Recurso: 420/2021).

OCTAVO- La del recurso de apelación determina que no proceda la imposición de costas en esta segunda instancia, y la estimación del recurso contencioso-administrativo la imposición las costas de la primera a la Administración recurrida, con el límite de 3000 euros fijado en la sentencia apelada y por ninguna de las partes cuestionado (art. 139 LRJCA)



Los anteriores datos, a los que pueden añadirse otros señalados por el apelante, bastan para concluir que la Administración no se ajustó a las pautas de normalidad en el otorgamiento de la licencia en 1974, puesto que como antes fue señalado la Administración pública tiene el deber de analizar rigurosa y detalladamente las solicitudes presentadas y de denegarlas cuando presenten una contradicción con el ordenamiento jurídico urbanístico, y al caso fue incumplido ese deber, puesto que de otro modo la licencia no hubiera sido concedida, de modo que aún pese a las deficiencias de la solicitud de licencia, son de tal calibre que razonablemente no pudieron inducir a error a la Administración concedente; en otras palabras, las características de la solicitud de licencia no reviste la suficiente intensidad para resultar única determinante del resultado lesivo producido por la concesión de la licencia, exoneración de responsabilidad a la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma. Por lo tanto, contrariamente a lo apreciado por la sentencia apelada, la actuación del Ayuntamiento es antijurídico y la ahora apelante no tiene el deber jurídico de soportar la pérdida del aprovechamiento que implicó la concesión de la licencia de 1973.

SÉPTIMO.- En cuanto al montante de la indemnización, alega el Ayuntamiento que el parovechamiento no estaba patrimonializado.

La tesis de la patrimonialización de los derechos del planeamiento como condición para la indemnización por pérdida de los mismos o ablación de alguno de sus elementos, surgida naturalmente de la casuística de la alteración o modificación anticipada del planeamiento, ha sido extendida a la práctica totalidad de los supuestos indemnizatorios. Se concluye que se indemniza por la lesión económica sufrida representada por la privación o disminución de derechos patrimonializados legítimos, lo que coincidiría con la cláusula definitoria de la expropiación forzosa esbozada en la Ley de Expropiación Forzosa.

La resolución del ayuntamiento de 5 de marzo de 2021 que resuelve el expediente de responsabilidad patrimonial, no dice que el aprovechamiento no estuviera patrimonializado, y lo contrario se desprende el propio otorgamiento de la licencia en 1974, computando la superficie de la parcela en cuestión. Y del propio informe antes ya reseñado de 18 de mayo de 2015 los servicios técnicos municipales se desprende que si estaban patrimonializados: “... Respecto a la edificabilidad máxima, la parcela nº 127 de 230,39 m² de superficie neta (con alineaciones PGOU) resulta, aplicando el índice de edificabilidad de 1,16 m²/m²s (la que permite la ordenanza CJ-3), la posibilidad de agotar 267,25 m² de techo resultante. En cuanto a la parcela nº 127 A, de 796,05 m² de superficie neta (con alineaciones PGOU) resulta, aplicando el índice de edificabilidad de 1.16m²/m²s (el que permite la ordenanza CJ-3) la posibilidad de agotar 923,42 m² de techo resultante.” Reconociendo la conocer la “viabilidad tipológica de los volúmenes proyectados, la apariencia de los mismos, y la idoneidad de su implantación contando con las dificultades topográficas del terreno”

Por tanto el aprovechamiento estaba patrimonializado. Para su valoración la única prueba que consta en autos es el Dictamen pericial emitido por el Arquitecto D. Jesús Espina en mayo de 2019 (folio 180 y ss. del expediente), ya acompañado con la reclamación de responsabilidad patrimonial, ratificado en sede judicial, con respuesta a preguntas de las partes, explicando la manera en que había procedido a valorar la edificabilidad o aprovechamiento de 923,42 m²t de techo de uso residencial (Ordenanza CJ-3), que habían reconocido los propios técnicos municipales, procediendo a determinar el valor de



FALLAMOS

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

PRIMERO.- Estimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de HEMAMOLO S.L, contra la sentencia nº 131/2024, de 4 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de MÁLAGA, al PO nº 60/2020, que revocamos.

SEGUNDO.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de HEMAMOLO S.L, declara no conforme a derecho y nula y sin efecto la Resolución del Ayuntamiento de Málaga de 5 de marzo 2021, reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por el Ayuntamiento con el pago de 1.149.313,75 euros, más los intereses de demora correspondientes, al tipo del interés legal del dinero, desde la fecha de interposición de la Reclamación de responsabilidad patrimonial, el 18 de julio de 2019 hasta la fecha de notificación de esta sentencia, con aplicación, a partir de ese momento, de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

TERCERO.- Sin imponer el pago de las costas esta segunda instancia, e imponiendo las de la primera instancia a la Administración recurrida con el límite de 3.000 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman las/el Magistradas/o Ilmas/o. Sras/or. al encabezamiento reseñadas/o.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.





