



Roj: **STS 8444/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8444**

Id Cendoj: **28079130052012100796**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **21/11/2012**

Nº de Recurso: **5618/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 8210/2009,**  
**STS 8444/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Exmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 5618 de 2009, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Luis Arredondo Sanz, en nombre y representación de "H" S. A. y de Don Juan Ignacio , Don Amador y Don Calixto , contra la sentencia pronunciada, con fecha 3 de julio de 2009, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo número 54 de 2005 , sostenido por la representación procesal de la referida entidad "H" S.A. y de los citados Don Juan Ignacio , Don Amador y Don Calixto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tossa de Mar, de fecha 5 de enero de 2005, por el que se declaró la nulidad del acuerdo del propio Ayuntamiento, de fecha 10 de enero de 2002, de aprobación definitiva del Estudio de Detalle Camí de Marina, así como de los actos derivados, concretamente la construcción de diez viviendas en dicho ámbito urbanístico, concedida por la Comisión de Gobierno del mismo Ayuntamiento con fecha 16 de mayo de 2003, y se ordena la paralización inmediata de cualquier obra realizada en el ámbito del referido Estudio de Detalle.

En este recurso de casación han comparecido, como recurridos, el Procurador Don Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación del Partit dels Socialistas de Tossa de Mar, y la Procuradora Doña Rosalía Rosique Samper, en nombre y representación del Ayuntamiento de Tossa de Mar (Gerona).

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó, con fecha 3 de julio de 2009, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 54 de 2005 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: << En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido estimar parcialmente la demanda en el sentido de:

1º) desestimar el recurso interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tossa de Mar de fecha 5 de enero de 2.005 recogido en el fundamento jurídico primero, en cuanto declaró la nulidad del acuerdo de fecha 10 de enero de 2.002 por el que se había aprobado definitivamente el Estudio de Detalle Camí de Marina.

2º) estimar parcialmente la pretensión subsidiaria de responsabilidad patrimonial planteada en la demanda, en la forma establecida en el párrafo primero del fundamento jurídico séptimo.

Sin pronunciamiento en costas >>.



**SEGUNDO** .- La sentencia recurrida en casación estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de los aquí recurrentes contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tossa de Mar, de fecha 5 de enero de 2005, que declaró la nulidad del Acuerdo de fecha 10 de enero de 2002, por el que se había aprobado definitivamente el Estudio de Detalle Camí de Marina, pues, en su parte dispositiva, desestima la demanda, en cuanto a la pretendida nulidad de la resolución administrativa impugnada, y, estima, parcialmente, la pretensión subsidiaria de responsabilidad patrimonial planteada también en la demanda, en la forma declarada en el párrafo primero de su fundamento jurídico séptimo.

Para una mejor comprensión de las cuestiones que se plantean en casación es pertinente dar cuenta de los hitos básicos de la tramitación administrativa del Acuerdo impugnado y de los razonamientos de la sentencia pronunciada por el Tribunal "a quo".

Con fecha 10 de enero de 2002, el Ayuntamiento de Tossa de Mar aprobó definitivamente el estudio de detalle "Camí de Marina", y, con fecha 6 de marzo siguiente, la Comisión de Urbanismo de Gerona dio su conformidad al mismo. Sin embargo, habiendo advertido la Corporación municipal que dicho estudio de detalle pudiera estar incurso en distintas causas de nulidad, acordó en sesión celebrada el 2 de abril de 2004 la incoación de un expediente de revisión de oficio del mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62.1, apartados f) y g), y 102 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común (folios 15 y ss. del expediente). Tramitado el expediente (en el que se dio audiencia a la sociedad mercantil ahora recurrente, quien evacuó el trámite mediante escrito de fecha 3 de mayo de 2004), se dio traslado del mismo a la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña a efectos de emisión del dictamen contemplado en el artículo 102 de la Ley 30/1992, siendo emitido este dictamen con fecha 2 de diciembre de 2004 (folios 99-113 del expediente), en sentido favorable a la declaración de nulidad del instrumento de planeamiento concernido. Empero, con fecha 10 de diciembre de 2004, el Ayuntamiento de Tossa de Mar celebró sesión plenaria en la que acordó declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, por entender que se había sobrepasado el plazo de tres meses previsto en el apartado 5º del tan citado artículo 102, si bien en unidad de acto se acordó incoar nuevamente el expediente de revisión del Acuerdo municipal de 10 de enero de 2002 (folios 114-115 del expediente). De este último Acuerdo municipal se dio traslado para alegaciones a la entidad "H" S.A., que con fecha 24 de diciembre de 2004 presentó escrito aduciendo que este Acuerdo de 10 de diciembre de 2004 adolecía por sí mismo de diversos vicios de nulidad, insistiendo en la inexistencia de motivos de revisión de oficio del estudio de detalle controvertido, y solicitando la práctica de distintos medios de prueba (folios 117-130). Estas alegaciones fueron estudiadas por los Servicios Técnicos municipales, que emitieron con fecha 29 de diciembre de 2004 un breve informe desfavorable remitiéndose a lo actuado en el anterior procedimiento caducado (folio 131), y seguidamente, sin más trámites, el Ayuntamiento en Pleno acordó, con fecha 5 de enero de 2005, desestimar las alegaciones formuladas por la empresa interesada con fecha 24 de diciembre de 2004 y declarar la nulidad del Acuerdo de 10 de enero de 2002 de aprobación del estudio de detalle Camí de La Marina. Se hizo constar en este Acuerdo de 5 de enero de 2005 que la caducidad del procedimiento no implicaba la prescripción, que en el segundo expediente no se había ocasionando ninguna indefensión a la interesada, y singularmente que "el informe de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña de 2 de diciembre de 2004 es perfectamente aplicable al presente expediente por haber recaído en un procedimiento de contenido idéntico al presente" (folio 147).

Contra la resolución municipal de 5 de enero de 2005 se interpuso el recurso contencioso-administrativo en el que ha recaído la sentencia parcialmente estimatoria contra la que se ha promovido el presente recurso de casación.

La sentencia da respuesta, en primer lugar, a la alegación de la parte actora de que el procedimiento administrativo está incurso en motivos de nulidad por razones formales, singularmente por haberse dictado el Acuerdo sin recabar previamente el preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. Esta alegación es desestimada por las siguientes razones (fundamento jurídico tercero): <<En el escrito de demanda se plantean en primer lugar una serie de alegaciones de carácter formal basadas en presuntos defectos procedimentales del expediente de revisión de oficio. Así, se afirma que no se ha contado con el preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que exige el art. 102.1 citado, pues el emitido en fecha 2 de diciembre de 2004 lo fue en el seno de un anterior expediente de revisión iniciado en fecha 2 de abril de 2004, que se declaró caducado por el transcurso de tres meses conforme al art. 102.5 de la Ley 30/92. Subsidiariamente añade que ni el Ayuntamiento ni la Comisión le dieron traslado de la documentación que esta última solicitó y que no estaba en el expediente administrativo, por lo que se han conculcado los principios de audiencia y contradicción.

No podrán prosperar estos extremos ya que, en cuanto al primero, nada puede objetarse al hecho de no haberse solicitado un nuevo dictamen del órgano consultivo cuando el anterior se había emitido sólo unos días antes, sin que se hubiera producido ninguna variación fáctica o jurídica de circunstancias y siendo las razones de la



nueva incoación las mismas que las de la anterior. Por tanto, razones de eficacia procedimental permitan no acudir a una repetición de trámites (petición de dictamen) que hubiera producido el mismo resultado (dictamen idéntico), en relación con la nulidad de la misma disposición general, el Estudio de Detalle citado, y cuando no se daban ninguna de las circunstancias limitativas de la revisión recogidas en el art. 106 de la LPAC 30/92 .

En cuanto al segundo, ninguna violación de derechos de audiencia ni ninguna indefensión se ha producido, pues la normativa reguladora de la Comisión Jurídica Asesora, antes D. Leg. 1/91 y después la Llei 5/05, en sus arts. 13 y 12 respectivamente, contemplan la posibilidad de que dicha Comisión pueda pedir la documentación que considere adecuada, e incluso oír a técnicos en la materia, sin que esté obligada a comunicarlo ni antes ni después al afectado por el expediente de nulidad, quien podrá alegar más adelante lo que considere frente al dictamen dentro del propio expediente administrativo y, en última instancia, en sede de los respectivos recursos, como aquí ha ocurrido, pues los actores han podido plantear sus objeciones frente a las conclusiones de tal dictamen tanto en vía administrativa como en esta instancia judicial.

En el mismo orden de consideraciones formales contiene la demanda diversas imputaciones frente al acuerdo municipal de 10 de diciembre de 2.004 en el que se declaró la caducidad del primer expediente de revisión y se acordó la incoación del nuevo, pero este acto no es el objeto del proceso, y no cabe sobre él pronunciamiento alguno, no constando tampoco que se recurriera en su día>>.

Despejadas así las objeciones de carácter formal, la Sala entra al examen del tema de fondo, concluyendo que puede considerarse acreditado que el estudio de detalle cuestionado vulnera las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana del municipio, y va más allá de lo que la legislación urbanística permite a este tipo de instrumentos de planificación (fundamento jurídico cuarto). Finalmente examina el Tribunal la pretensión indemnizatoria formulada con carácter subsidiario para el caso de que se considerase conforme a Derecho la declaración de nulidad de dicho instrumento de planeamiento. La Sala acoge, en este punto, el planteamiento procesal de la parte recurrente, y razona la procedencia de indemnizar los daños reclamados, en los siguientes términos (fundamento jurídico quinto): <<Sentado lo anterior, el acto administrativo impugnado resulta ajustado a derecho y en consecuencia procede entrar a analizar la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento que se plantea de forma subsidiaria en la demanda, no siendo aceptable la pretensión del Ayuntamiento de que sea preciso acudir a una reclamación administrativa específica y a un expediente independiente para poder estudiarla. Olvida con ello la Administración demandada que el propio art. 102.4 de la Ley 30/92 permite que, al declarar la nulidad de una disposición o acto, se pueda establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de dicha Ley ; por su parte el art. 31.2 de la LJCA contempla específicamente la posibilidad de que además de la anulación de los actos impugnados pueda pretenderse, por el demandante ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda, pretensión que también se puede formular en fase de conclusiones conforme al art. 65.3 de dicho texto.

Así, efectivamente ha existido un funcionamiento anormal de la administración que aprobó un Estudio de Detalle no ajustado al Plan General del que deriva, otorgando a los propietarios afectados una serie de derechos y expectativas. Posteriormente, en una actuación ajustada a derecho, se ha declarado nula aquella inicial y por tanto, conforme al art. 139.1 y 2 de la Ley 30/92 citada, deberá resarcirse a los particulares de los daños que sean, como indica este precepto, efectivos, evaluables económicamente e individualizados y, como añade el art. 141.1, que no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley , circunstancia esta última que concurre también en el presente caso, en el que los particulares actuaron al amparo de una resolución administrativa firme. Por tanto procede pronunciarnos sobre tal cuestión en este proceso, acudiendo por analogía a lo dispuesto en los arts. 41 a 44 de la Ley 6/98 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones , y en el art. 109 de la Llei 2/02 de Urbanismo de Cataluña aplicables temporalmente al presente caso, para los supuestos de reducción de aprovechamiento por cambio de planeamiento antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución, si la misma no se hubiese llevado a efecto por causas imputables a la Administración.

Estos preceptos consideran indemnizables los costes de los proyectos, tasas y gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador, dentro de los plazos establecidos al efecto, que resulten inservibles como consecuencia del cambio de planeamiento.

Y en cuanto a la reducción o supresión de aprovechamiento la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en interpretación de preceptos de normativa estatal anterior de contenido semejante ha señalado que el supuesto de hecho de la indemnización no se integra únicamente por la alteración o cambio de la ordenación urbanística sino que es preciso, además, que confiando en la subsistencia de la misma se hayan adquirido o patrimonializado derechos, o se hayan desarrollado actividades y gastos que devengan inútiles por virtud de la alteración>>.



Puesta así en la tesitura de cuantificar el importe de la indemnización procedente, la Sala, valorando los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones, concluye que los actores tienen derecho a ser indemnizados en los términos indicados en los fundamentos de Derecho sexto y séptimo de la sentencia.

**TERCERO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de "H" S.A., de Don Juan Ignacio , Don Amador y Don Calixto presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante providencia de fecha 5 de octubre de 2009, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**CUARTO** .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, el Partido de los Socialistas de Tossa de Mar, representado por el Procurador Don Federico Pinilla Romeo , y el Ayuntamiento de Tossa de Mar, representado por la Procuradora Doña Rosalía Rosique Samper, y, como recurrentes, la entidad "H" S.A., Don Juan Ignacio , Don Amador y Don Calixto , representados por el Procurador Don Luis Arredondo Sanz, al mismo tiempo que éste presentó escrito de interposición de recurso de casación.

**QUINTO** .- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad "H" S.A., Don Juan Ignacio , Don Amador y Don Calixto se basa en cinco motivos, el primero, segundo, tercero y quinto al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción y el cuarto al del apartado a) del mismo precepto; el primero por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en el artículo 102, apartados 1º y 5º, de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 44 de la misma Ley , al haber prescindido del procedimiento legalmente establecido por haberse dictado el acuerdo impugnado sin el preceptivo informe de la Comisión Jurídica Asesora, pues la declaración de caducidad del primer expediente exigía la emisión de un nuevo informe de aquélla, al no ser posible prescindir de tal informe por haberse emitido en el procedimiento segundo en primer lugar, debido a que la caducidad declarada de éste afecta también al referido informe, que debe emitirse en el nuevo procedimiento; el segundo porque la sentencia recurrida ha infringido lo establecido en el artículo 24 de la Constitución , que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y, en relación con el mismo, el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 , que prohíbe expresamente la causación de indefensión porque se rechaza el defecto denunciado por los demandantes, consistente en la falta de audiencia respecto de la documentación remitida por el Ayuntamiento demandado a la Comisión Jurídica Asesora con posterioridad al envío inicial de documentación, vulnerándose así el principio de contradicción, pues, según queda acreditado en el expediente administrativo, el Ayuntamiento, hasta por tres veces, remitió nueva documentación a la Comisión Jurídica Asesora después de la remisión inicial del expediente administrativo; el tercero porque el Tribunal "a quo" ha infringido las reglas de la sana crítica, al haber apreciado la prueba practicada de modo arbitrario por considerar que en el acuerdo de aprobación definitiva del Estudio de Detalle hubo un exceso de edificabilidad con base a la que se otorgó la correspondiente licencia de obras, cuando, por el contrario, de la prueba practicada se deduce, de modo indubitado, la inexistencia de exceso de edificabilidad, para seguidamente citar cada una de las pruebas practicadas cuyo resultado contradice la conclusión a que llega el Juzgador de instancia, y otro tanto sucede con los otros motivos de nulidad del Estudio de Detalle, cual es el ajuste del ámbito del sector; el cuarto porque la sentencia recurrida incurre en incongruencia " *extra petita partium* " , al haber resuelto cuestiones diferentes a las planteadas con vulneración de lo establecido en el artículo 120.3 de la Constitución , en relación con el artículo 24 del mismo texto legal , dado que la Sala de instancia apreció un exceso de edificabilidad en el Estudio de Detalle, con base al que se otorgó la licencia de obras, sin que tal motivo fuese aducido por ninguna de las partes intervinientes ni en vía administrativa ni en sede judicial; y el quinto motivo por haber vulnerado la Sala de instancia lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , sobre defecto de jurisdicción, en relación con los artículos 117.3 y 24.1 de la Constitución , así como la jurisprudencia sobre el principio de " *vis atractiva* " , debido a que la Sala de instancia se limita a conceder indemnización por los gastos correspondientes a la " *preparación, redacción y aprobación del Estudio de Detalle* " , sin acceder a indemnizar el daño emergente por los demás costes soportados por los demandantes en pos de la ejecución de la urbanización y edificación de los terrenos, ni a indemnizar el lucro cesante, consistente en las plusvalías dejadas de obtener al no poder realizar los aprovechamientos atribuidos por el planeamiento y patrimonializados con su ejecución, pues de estos daños y perjuicios, aún cuando se deriven de la declaración de nulidad de la licencia de obras y de la paralización de las obras en curso, ha debido conocer y resolver la Sala de instancia, debiéndose recordar lo establecido en los artículos 139.1 y 2 y 141.1 de la Ley 30/1992 , que reconocen y declaran el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas, así como lo dispuesto en los artículos 41 a 44 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones , en relación con el derecho a indemnización para el supuesto de vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico, y así terminó con la súplica de que se estimen los motivos en que se funda el recurso de casación, se case y anule la sentencia impugnada, y se estime el recurso



contencioso administrativo mediante sentencia por la que se declare nulo o subsidiariamente se anule y deje sin efecto el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Tossa de Mar de fecha 5 de enero de 2005 por el se declaró la nulidad del acuerdo de aprobación definitiva del Estudio de Detalle "Camí de Marina" reconociendo la vigencia y legalidad de dicho instrumento en cuanto ajustado al Plan General de Ordenación vigente y declarando su derecho a ser indemnizados por daños y perjuicios en la cantidad de 1.157.588,74 euros. Subsidiariamente, en el supuesto de que se considere válido y ajustado a Derecho el Acuerdo impugnado, solicita que se declare el derecho de los actores a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados por la revisión y declaración de nulidad del Acuerdo impugnado y los subsiguientes actos de ejecución del mismo, en la misma cantidad de 1.157.588,74 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

**SEXTO** .- Después de oír a las partes acerca de la causa de inadmisión planeada por esta Sala, se dictó auto, con fecha 18 de marzo de 2010 , por el que se declaró la inadmisión a trámite de los motivos de casación cuarto y quinto y la admisión a trámite del recurso en relación con los motivos primero, segundo y tercero, por lo que , con fecha 11 de mayo de 2010, se dio traslado a las representaciones procesales de los comparecidos como recurridos para que, en el plazo de treinta días, formalizasen por escrito su oposición a los indicados motivos de casación admitidos a trámite.

**SÉPTIMO** .- Con fecha 24 de junio de 2010 presentó su escrito de oposición la representante procesal del Ayuntamiento de Tossa de Mar, alegando, en cuanto al primer motivo de casación, que el artículo 66 de la Ley 30/1992 establece que las autoridades que declaren la nulidad o anulación de las actuaciones dispondrán siempre la conservación de aquéllos actos de trámite cuyo contenido se hubiese mantenido igual, y así lo consideró la sentencia recurrida y lo declara la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004 , por lo que la incorporación al segundo expediente del informe emitido en el caducado anterior es ajustada a Derecho; en cuanto al segundo tampoco puede prosperar porque el interesado, ahora recurrente en casación, pudo, una vez que se le dio vista del expediente en el que constaba el informe de la Comisión Jurídica Asesora, examinarlo, combatirlo y aportar pruebas en su contra si entendía que las conclusiones a que llegaba no se ajustaban a la realidad, de modo que no se le causó indefensión alguna; y, respecto del tercero, debió acreditar el recurrente que la interpretación hecha por la sentencia recurrida incidía en los vicios y defectos denunciados, no bastando con formular una interpretación contraria a la de la Sala de instancia, que, en contra de su parecer, no es arbitraria ni inverosímil sino razonable, y así terminó con la súplica de que se desestime el recurso por ser ajustada a Derecho la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente.

**OCTAVO** .- El representante procesal del Partido de los Socialistas de Tossa de Mar presentó su escrito de oposición al recurso de casación con fecha 29 de junio de 2010, aduciendo, en cuanto al primer motivo de casación, que el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora fue emitido ocho días antes de la incoación por el Ayuntamiento del expediente de nulidad, por lo que en tan breve tiempo no se produjo variación fáctica o jurídica alguna en relación con el nuevo expediente, de modo que no se causó perjuicio alguno a los recurrentes; mientras que, respecto del segundo motivo, resulta evidente que los recurrentes pudieron alegar y alegaron en vía previa y sede judicial cuantos extremos consideraron convenientes en relación con el informe de la Comisión Jurídica Asesora, por lo que no se produjo indefensión ni falta de tutela judicial; y, por lo que se refiere al tercero, la valoración de las pruebas que hizo el Tribunal "a quo" ha sido correcta, según se deduce de lo expresado en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, y así se deduce también del informe de la Comisión Jurídica Asesora y de los dictámenes de los arquitectos presentados por los propios recurrentes como prueba pericial y documental, pues excede de los cometidos del Estudio de Detalle la variación de los límites y la variación de ámbitos y, obviamente, la alteración del parámetro de edificabilidad previsto en el Plan General, terminando con la súplica de que se dicte sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto.

**NOVENO** .- Formalizadas las oposiciones del recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 6 de noviembre de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su actuación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El motivo primero de casación, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , denuncia la infracción de los artículos 102, 1º y 5º, de la Ley 30/92, en relación con el 44.2 de la misma Ley , pues -afirma la parte recurrente- el Acuerdo impugnado en el proceso se dictó prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido, al haberse adoptado sin contar con el preceptivo informe de la Comisión Jurídica Asesora. Insisten los recurrentes en que, al haberse declarado la caducidad del primer



expediente de revisión de oficio tramitado, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora recaído en el seno de ese primer expediente no podía ser "reutilizado" en el nuevo procedimiento de revisión abierto; sin que frente a esta apreciación puedan oponerse, como hace la sentencia impugnada, razones de eficacia, pues conforme al art. 44.2 de la Ley 30/1992, "la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones". Cita en apoyo de su tesis la parte recurrente una Sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 2004, y concluye afirmando que el Acuerdo municipal impugnado en el proceso es nulo de pleno Derecho por haberse dictado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido.

A este motivo se oponen las partes recurridas en casación. El Ayuntamiento de Tossa de Mar aduce que el recurrente efectúa una incorrecta interpretación del art. 102 de la Ley 30/1992, al mantener que la caducidad del primer expediente de revisión de oficio del estudio de detalle supone una anulación de todas las actuaciones seguidas en el mismo. Invoca el principio de conservación de actos y trámites del art. 66 de la misma Ley, y alega en su favor la misma sentencia citada por la parte recurrente, de 24 de febrero de 2004, pues, afirma, dicha sentencia permite incorporar al segundo expediente los actos no surgidos dentro de él aunque a él también se hubiesen incorporado, como, a su juicio, es el caso del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. En similares términos, la otra parte recurrida, Partido de los Socialistas de Tossa de Mar, alega que el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora fue emitido el 2 de diciembre de 2004, ocho días antes de la incoación del nuevo expediente por el Ayuntamiento, sin que en este corto periodo de tiempo se produjera variación fáctica o jurídica alguna entre los dos expedientes relativos a aquel estudio de detalle.

**SEGUNDO** .- Este primer motivo de casación debe ser estimado.

Partiendo de la naturaleza de disposiciones de carácter general que tienen los instrumentos urbanísticos de planeamiento, en este caso el Estudio de Detalle, el apartado 2º del artículo 102 de la Ley 30/1992 permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declarar su nulidad en los supuestos del artículo 62.2 de la misma Ley. Así lo acordó el Ayuntamiento de Tossa de Mar en este caso, si bien el procedimiento incoado primeramente con tal finalidad caducó. Pues bien, ciertamente, nada impedía a la Administración municipal actuante incoar un nuevo procedimiento de revisión de oficio una vez finalizado por caducidad el anterior, con el mismo objeto y por las mismas razones, con la única salvedad de lo dispuesto en el art.106 de la misma Ley 30/1992. Ahora bien, lo que no podía la Administración actuante es limitarse a dar por reproducido lo actuado en aquel expediente caducado y dictar una nueva resolución de nulidad del estudio de detalle contemplado, que es, prácticamente, lo que hizo el Ayuntamiento de Tossa de Mar en el caso que examinamos.

La declaración de caducidad, prevista en el apartado 5º del art.102 de la Ley 30/1992, determina la aplicabilidad de lo establecido en el artículo 44.2 de la misma Ley, a cuyo tenor la declaración de caducidad de los procedimientos iniciados de oficio conlleva "el archivo de las actuaciones". Respecto al significado de esta expresión, "archivo de las actuaciones", está Sala y Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia 24 de febrero de 2004 (recurso de casación 3754/2001), citada por la recurrente y uno de los recurridos, bien que en sentido divergente y en apoyo de sus tesis enfrentadas. En esta sentencia (referida a un procedimiento sancionador) abordamos la aplicación del principio de conservación de actos y trámites (artículo 66) a los procedimientos administrativos caducados, señalando (con unos razonamientos que resultan extensibles al caso que ahora nos ocupa) lo siguiente (fundamento jurídico octavo): <<Sabemos que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador en tanto en cuanto la hipotética infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito. Así se desprende, con nitidez, del mandato legal que se contiene en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 (la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción).

<< Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones ( artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 ( dos), 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001 .

b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de



él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado. d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y

e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad "sanciona" el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste>>.

Desde esta perspectiva y con base en las matizaciones que apuntamos en la sentencia que acabamos de transcribir, la actuación del Ayuntamiento no puede ser aceptada, por tres razones:

- primero, porque el Dictamen emitido por la Comisión Jurídica Asesora (órgano consultivo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña) con ocasión del primer expediente revisor, es un acto que se solicitó y emitió ad hoc en el seno de aquel primer expediente caducado y archivado, con ocasión del mismo y para surtir efectos en él y no en ningún otro expediente, por lo que no puede caracterizarse como un acto independiente del expediente caducado en cuanto que no surgió dentro de él;

- segundo, porque siendo la Comisión Jurídica Asesora un órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por tanto no inserto en la estructura municipal, el Ayuntamiento no podía presuponer que el dictamen que dicha Comisión tenía que emitir preceptivamente en el segundo expediente hubiera de ser necesariamente idéntico al anterior, pues eso es algo que sólo a la propia Comisión Jurídica Asesora corresponde decidir y que el Ayuntamiento carece de cualquier competencia para dar por sentado;

- y tercero, porque además en este caso ocurre que, una vez que se acordó por el Ayuntamiento la incoación del segundo expediente de revisión de oficio, al darse traslado del acuerdo de incoación a la empresa interesada, esta evacuó el trámite mediante alegaciones por las que no se limitó a reiterar los planteamientos ya sostenidos en el primer procedimiento ya caducado, sino que incorporó razonamientos novedosos en cuanto que referidos al segundo acuerdo de incoación de dicho expediente, que aquella empresa consideraba incurso por sí mismo en distintos motivos de nulidad; lo que situaba la cuestión en campo diferente al examinado en el primer procedimiento, haciendo imposible una reproducción acrítica del mismo.

**TERCERO** .- La anulación de la sentencia exige, conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción , que resolvamos el recurso contencioso-administrativo.

De lo dicho hasta ahora se desprende sin dificultad que se impone la anulación del acto de revisión del acuerdo de aprobación definitiva del Estudio de Detalle, y ello por las mismas razones que nos llevan a casar la Sentencia recurrida, pues es evidente que en la tramitación del segundo expediente de revisión el Ayuntamiento de Tossa de Mar prescindió incorrectamente de un trámite esencial como era la solicitud del preceptivo Dictamen del órgano consultivo en relación a ese concreto nuevo expediente, según lo establecido concordantemente en los artículos 62.2 de la Ley 30/1992 , 68.1.b ), 70.2 , 71.1.a ) y 72.2 de la Ley Jurisdiccional

Por ello procede ordenar a la Administración que continúe con la tramitación del expediente, con retroacción del procedimiento a fin de que por la Administración demandada se sustancie el mismo conforme a Derecho; debiéndose remitir el expediente de revisión de oficio (completo, debidamente sustanciado, y con recta observancia del trámite de audiencia de los interesados) a la Comisión Jurídica Asesora para que ésta emita el pertinente dictamen con carácter previo a su resolución; en la que, en caso de acordarse la nulidad del Acuerdo examinado (lo que ahora no puede darse por supuesto), podrán fijarse, en su caso, las indemnizaciones procedentes, como prevé el apartado 4º del artículo 102 de la Ley 30/1992 .

**CUARTO** .- Llegados a este punto, hemos de hacer una precisión en relación con la indemnización acordada por la Sala de instancia a favor de los actores. La estimación del primer motivo y la consiguiente estimación del recurso contencioso- administrativo en el sentido apuntado, de ordenar la retroacción de actuaciones administrativas en el expediente de su razón, conlleva que quede sin efecto la sentencia de instancia en cuanto reconoció el derecho de la parte actora a una indemnización, solicitada tanto para el caso de que se estimara el recurso (como consecuencia de la declaración de nulidad del Acuerdo impugnado) como para el supuesto



de que se desestimara (en concepto de responsabilidad patrimonial), y acogida por el Tribunal "a quo" en este último sentido, es decir, con carácter subsidiario y en concepto de responsabilidad patrimonial por haberse declarado la conformidad a Derecho del Acuerdo administrativo impugnado.

En efecto, estando en cuestión la legalidad del Estudio de Detalle aquí concernido como consecuencia de la estimación del recurso en el sentido anotado, no puede anticiparse ningún juicio sobre la indemnización pretendida por la actora, que queda a resultas de lo que, en definitiva, se acuerde por el Ayuntamiento respecto del contenido, alcance y consecuencias de la eventual declaración de nulidad de dicho Estudio de Detalle (al decir esto no estamos situando nuestra respuesta en el ámbito de una estimación "in peius" sino extrayendo las consecuencias lógicas que derivan necesariamente del planteamiento sostenido por la propia parte recurrente), sin olvidar que, según resalta la propia sentencia de instancia, ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona se ha seguido un recurso referido a una licencia de obras mayores concedida a la misma entidad actora en el ámbito afectado por el Estudio de Detalle, cuyo resultado último no consta, y respecto del cual desconocemos si en él se han sostenido y reconocido pretensiones indemnizatorias vinculadas al objeto del presente recurso, que pudieran ser tenidas en cuenta a la hora de fijar la indemnización que resultase hipotéticamente procedente en favor de los recurrentes.

De todos modos, hemos de matizar, a la vista de lo dicho por la Sala de instancia en su sentencia, que según jurisprudencia consolidada, las pretensiones indemnizatorias, para poder ser reconocidas en vía judicial, sin haberse suscitado previamente en vía administrativa, deben estar vinculadas a la nulidad del acto, y no para el caso en que se confirmase su validez, esto es, las pretensiones indemnizatorias que aparecen vinculadas a la validez del acto recurrido, para poder ser reconocidas en vía judicial, deben haberse suscitado previamente en vía administrativa. Así, en reciente sentencia de esta Sala y Sección de 16 de marzo de 2012 (recurso de casación nº 1412/2008 ) dijimos: << En efecto, el art. 31.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 no habilita la articulación procesal de pretensiones indemnizatorias no ligadas a la anulación del acto administrativo impugnado, y planteadas, por ende, de forma independiente de la anulatoria esgrimida con carácter principal en la misma demanda. Al contrario, la pretensión indemnizatoria que ese precepto contempla es la de carácter accesorio, que se anuda a la principal y para el caso de que esta sea estimada. Así se refleja en el artículo 71.1 de la misma Ley , que prevé el reconocimiento y restablecimiento en sentencia de una situación jurídica individualizada justamente cuando la sentencia es estimatoria de la pretensión principal de anulación del acto administrativo impugnado en el proceso. Por eso, reiteramos, si la pretensión indemnizatoria de la parte actora venía ligada precisamente a la estimación de la impugnación principal, no podía prosperar justamente por haber sido rechazada esta; y se pretendía reclamar una indemnización por responsabilidad patrimonial con independencia del juicio sobre la legalidad del Acuerdo impugnado, no podía tampoco ser estimada por las razones que hemos expuesto, a saber, porque se trataba una pretensión indemnizatoria independiente de la pretensión anulatoria sostenida en la demanda con carácter principal, que como tal no podía ser analizada en vía jurisdiccional al no haber sido anteriormente planteada ante la Administración>>.

**QUINTO** .- De lo expuesto en los fundamentos precedentes resulta con evidencia que la estimación del primer motivo de casación hace innecesario examinar los demás, pues una vez acordada la retroacción de actuaciones administrativas en el sentido apuntado, habrá que estar a lo que, en definitiva, resuelva la Administración sobre la nulidad del Estudio de Detalle en cuestión y sobre las indemnizaciones que pudieran resultar procedentes; sin que en esta sentencia podamos adelantar ningún juicio sobre ambas pretensiones.

**SEXTO** .- A tenor de lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción respecto a las costas procesales de la instancia, y por el artículo 139.2 en cuanto a las de la casación, no apreciamos motivos para formular expresa condena, al haber lugar a la anulación de la sentencia recurrida y no apreciarse mala fe ni temeridad en la actuación de los litigantes.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la Ley de esta Jurisdicción .

## FALLAMOS

Que, con estimación del primer motivo de casación, sin examinar el segundo y el tercero, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el Procurador Don Luis Arredondo Sanz, en nombre y representación de la sociedad mercantil "H" S.A., de Don Juan Ignacio , Don Amador y Don Calixto , contra la Sentencia, de fecha 3 de julio de 2009, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña en el recurso contencioso administrativo nº 54/2005 , la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo sostenido por la representación procesal de la sociedad mercantil "H" S.A., Don Juan Ignacio , Don Amador y Don Calixto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tossa de Mar de fecha 5 de enero



de 2.005, en cuanto declaró la nulidad de su propio acuerdo de fecha 10 de enero de 2.002, por el que se había aprobado definitivamente el Estudio de Detalle Camí de Marina, declaramos nulo dicho acuerdo de revisión, por no ser conforme a Derecho, y ordenamos a la Administración demandada que reponga el procedimiento de referencia a fin de sustanciarlo con arreglo a los trámites legalmente previstos, con desestimación del resto de pretensiones del recurso contencioso administrativo, sin formular expresa condena respecto de las costas procesales causadas en la instancia en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, **cuya parte dispositiva se publicará en el Boletín Oficial en el que se publicó el Estudio de Detalle Camí de Marina del municipio de Tossa de Mar**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiendo hacerse saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS