

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00217/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: 016100
C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL
Teléfono: 926 278949 Fax: 926278846
Correo electrónico:

Equipo/usuario: E02

N.I.G: 13034 45 3 2016 0000303
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000153 /2016 /
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL
De D/D*:
Abogado: FRANCISCO PABLO GARCIA MINGUILLAN POSADA
Contra D./D* AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

SENTENCIA 217/2018

En Ciudad Real, 12 de Noviembre de 2018.

La dicta D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Ciudad Real, habiendo conocido los autos de la clase y número anteriormente indicados, seguidos entre.

- I) D. debidamente representado y asistido por D. PABLO GARCÍA MINGUILLÁN como parte demandante.
- II) EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO, debidamente representado y asistido por DÑA. CARMEN SANTOS ALTOZANO como parte demandada.

Ello con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha de 16 de Mayo de 2016 se interpuso recurso contencioso administrativo por el representante de la parte demandante frente a la parte demandada, acompañando cuantos documentos exige el art. 45 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

SEGUNDO.- Es objeto del procedimiento contencioso administrativo *la desestimación presunta por silencio administrativo recaída en el expediente promovido mediante escrito presentado con fecha 25 de enero de 2016 frente al Ayuntamiento de Puertollano.*



TERCERO.- Que mediante decreto de fecha de 7 de Julio de 2016 y tras los oportunos requerimientos se admitió a trámite el recurso contencioso administrativo por el Letrado de la Administración de Justicia, acordando requerir el expediente administrativo a la administración demandada y ordenando que la misma practicara los emplazamientos a que hubiera lugar de conformidad a lo dispuesto en el art. 49 LJCA.

CUARTO.- Que se recibió expediente administrativo, dando trámite para la presentación de la demanda, que se presentó finalmente en fecha de 2 de Febrero de 2017. Admitida por auto de fecha de 13 de Febrero de 2017 que dejó sin efecto la caducidad previamente declarada del trámite y se dio traslado de la misma, siendo contestada por la administración demandada en fecha de 21 de Marzo de 2017.

En el suplico de la demanda se solicitaba que se dictara sentencia mediante la que 1) *se declare que los agentes urbanizadores han incurrido en incumplimiento manifiesto doloso, o al menos culpable, de sus obligaciones y se acuerde la resolución de la adjudicación, dejando sin efecto la programación (subsidiariamente se ordene a la administración demandada que lleve a cabo la resolución de la adjudicación, dejando sin efecto la programación previo informe de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo), así como (dado que no se ha incoado el procedimiento pertinente para acordar una nueva programación del terreno en la que un nuevo urbanizador asuma las obligaciones del antiguo, afectando los bienes y recursos resultantes de la liquidación de la programación cancelada a ejecutar la que la sustituya) a) disponer la devolución de todas las contribuciones a los gastos de urbanización efectivamente satisfechos al actor (que no han sido aplicadas a su destino dado que la urbanización no ha sido ejecutada y que ascienden a un importe de 192.515,98 euros) y de existir crédito alguno pendiente de cobro por el concepto de gastos de urbanización, lo deje sin efecto, previa modificación por el mismo procedimiento seguido para su adopción de los correspondientes actos administrativos dictados para la ejecución del Programa; y en todo caso, b) la indemnización al que suscribe de los daños y perjuicios sufridos (pérdida del valor de los terrenos cifrándose este en 290.606,27 euros durante todo el tiempo transcurrido) o subsidiariamente, 2) se expropie al que suscribe el terreno al precio fijado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha han acogido el valor que originariamente tenían los terrenos de 98,24 euros por metro cuadrado o al actual, y en ese último caso, se le indemnice además al que suscribe por el Ayuntamiento por los daños y perjuicios sufridos por la pérdida de valor en 290.606,27 euros durante todo el tiempo transcurrido. 3) y todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada, y demás partes que se opusieran a esta justa pretensión.*

QUINTO.- Que por petición de las partes se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, debiendo la misma versar, tal y como se expone en los escritos rectores sobre los hechos que constan en la demanda y en el expediente administrativo remitido a los presentes autos.

SEXTO.- Fue admitida la prueba mediante auto de fecha de 18 de Abril de 2017 en el que se acordó la práctica de la prueba que se contiene en su parte dispositiva,

siendo la misma consistente en *INFORME CONFESORIO* de la Representante Legal del Ayuntamiento de la demandada, declarándose pertinentes las preguntas formuladas, debiendo remitir dichas contestaciones al menos con quince días de antelación a la celebración de la vista, documental pública y privada que consta en la misma, *TESTIFICACION* de los siguientes testigos: Representante legal de la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de Puertollano, S.L., del representante legal de Constructora Almodoveña, S.A., D. _____, D. _____ (representante de Leoval, S.L.), D. _____ (representante de Oretania XXI, S.L.) y D. _____ (representante de Construcciones José Luis García Gallego, S.L.). *PERICIAL* de D. _____, así como la documental de la parte demandada y la *MAS DOCUMENTAL PUBLICA* consistente en que se libre oficio al Ministerio de Fomento a fin que certifique la evolución del precio medio por metro cuadrado de los terrenos urbanos en la Comunidad de Castilla La Mancha desde el año 2007 hasta el año 2016.

SÉPTIMO.- Que practicada la prueba acordada en fecha de 29 de Septiembre y 23 de Noviembre de 2017 se dio traslado a las partes para que formularan las conclusiones en la forma prevista en el art. 64 LJCA, siendo presentados los escritos en tiempo y forma de manera sucesiva por demandante y demandado, quedaron concluidas las presentes actuaciones.

OCTAVO.- Que dentro del periodo para dictar sentencia se apreció la insuficiencia de los emplazamientos del art. 49 LJCA, a cuyo efecto se acordó la realización de los mismos y, atendiendo a su resultado, se consideró mediante auto de 8 de Noviembre de 2016 subsanada tal omisión, levantando la suspensión acordada y volviendo a quedar las actuaciones pendientes del dictado de la presente.

A estos antecedentes les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las alegaciones de las partes.

1.1º.- La demanda. Sostiene el demandante que en fecha de 18 de enero de 2007 en sesión extraordinaria y urgente aprobó el Programa de Actuación Urbanizadora (en lo sucesivo, PAU) Sector S-IV Este (Abulagar) y gestionar indirectamente la referida actuación designando como agente urbanizador a la mercantil "PROMOTORA ALMODOVEÑA, S.A.", aprobando la proposición y demás cuestiones jurídicas y económicas del mencionado licitador que debía empezar la ejecución en un año desde la aprobación de éste.

Asume que en fecha de 27 de Febrero de 2007 se firmó el convenio urbanístico del sector, comprometiéndose a cumplir con las obligaciones del mismo derivadas de la urbanización en el plazo de tres años desde la fecha del mismo, así como que se comprometía a iniciar las obras en el plazo de 3 meses desde que estuvieran a su disposición los terrenos, debiéndose concluir en dos años. Se estipulaban las

facultades de supervisión y policía, así como las garantías del 7 % mediante aval y cláusulas penales de 90 € diarios por cada día de retraso.

El 4 de Septiembre de 2008 se aprobó el proyecto de reparcelación, siendo que el hoy demandante aportó tres fincas que describe en su demanda, siendo que no constan más certificaciones mensuales que las que van desde el inicio hasta Mayo de 2009 (8 meses), sin que hasta la fecha haya ejercitado las actuaciones de policía y control que al mismo le correspondían, y obviando el incumplimiento por parte del agente urbanizador devolvió el aval de garantía por más de 1 millón de Euros que había prestado, cediendo la posición contractual a la empresa municipal del Suelo. Ello no obstante la mercantil cedente (la promotora almodoveña) se reservó un crédito de más de 192.000 € frente al hoy demandante que abonó en metálico una parte y otra parte mediante la cesión de unos terrenos en pago de la deuda, siendo que en la fecha en que se cedieron los créditos y se abonaron la obra no estaba concluida ni en un 20 % del total.

Señala igualmente que la nueva contratista, la empresa municipal del suelo tenía un capital social de 3.100 € y un solo socio, el ayuntamiento. Es imposible a su entender que la misma pueda asumir una ejecución de más de 12 millones de Euros y siendo que no se ha avanzado en las obras ni tampoco se ha realizado ningún tipo de actividad de control y policía por parte de la administración para asegurar la ejecución del contrato, lo que a su juicio le ha causado un grave perjuicio económico al hoy demandante, siendo que el valor lo ha establecido el TSJCLM en 98,24 € por metro cuadrado en inicio, siendo que ha sufrido según análisis pericial un decremento de un 27 % que es lo que reclama como perjuicio por el retraso en la ejecución de las obras que imputa al ayuntamiento por no ejercer las prerrogativas de control que le corresponden y tenía reconocidas, siendo que utiliza la empresa municipal del suelo como pantalla para evitar responder por ello y que el propio ayuntamiento debe responder por la inacción de la misma a través del levantamiento del velo de la empresa municipal.

1.2º.- La contestación de la administración. Se opone a la demanda la administración considerando en primer lugar que el recurso debe considerarse inadmisibile en la medida en que no se ha formulado la oportuna reclamación patrimonial en vía administrativa para solicita la indemnización en cuestión. Igualmente entiende que procede estimar que la acción ejercitada está prescrita al entender que la misma, que debe ejercitarse en el plazo de un año, debe comenzar a correr desde la fecha de paralización de las obras y de incumplimiento de los plazos, lo que hace que el término haya sido con creces sobrepasado, pues la empresa municipal asumió la condición de agente urbanizador en 2010, siendo notificado en Febrero de 2011 y no es hasta 2016 cuando se reclama en vía administrativa.

Además afirma que le fue notificada la paralización de las obras al hoy demandante y que el mismo se aquietó a esta paralización no formulando ningún tipo de reclamación ni de impugnación a la certificación y notificación de la misma, así como a la transmisión de la condición de agente urbanizador a la empresa municipal.

Niega por tanto que haya ningún tipo de incumplimiento por parte del ayuntamiento y que ha cumplido con sus obligaciones en la forma que le resultan exigibles, siendo que incluso el hoy demandante firmó un acuerdo con el representante de la promotora almodoveña, que es también causa de su perjuicio.

Igualmente afirma que la empresa municipal tenía terrenos por valor de más de cinco millones de Euros en esa urbanización y otros terrenos por más de 11 millones de Euros, lo que implica que no sea procedente considerar a la misma como un ente insolvente o incapaz del cumplimiento diligente de sus obligaciones.

Afirma igualmente que ahora no puede acogerse a ningún método de expropiación porque participó voluntariamente en el método de urbanización por cooperación, lo que es contrario a la pretensión de expropiación que entiende formulada.

SEGUNDO.- De la inadmisibilidad alegada.

2.1º.- La parte demandada ha considerado que debe declararse la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por dos motivos muy relacionados entre si que son en primer lugar por considerar la actuación impugnada como no susceptible de impugnación y en segundo lugar por considerar prescrita la acción de responsabilidad patrimonial que a través de este procedimiento se ejercita.

Hay que señalar que el demandado no ha ofrecido argumento de tipo alguno en sus conclusiones para rebatir estas consideraciones que hace la administración en la contestación a la demanda.

2.2º.- Respecto a la primera de las causas de inadmisibilidad se basa en que la actividad administrativa no es impugnable según el art. 69.c LJCA. Tal aseveración no se comparte.

El objeto de la presente es el silencio negativo a una solicitud que se aporta como documento adjunto al escrito de interposición. Por tanto no hay una impugnación de un acto administrativo en el sentido de considerarlo ilegal y solicitar la revocación o anulación, sino que lo que hay es la solicitud de una actuación positiva a la propia administración (resolución del contrato, nueva programación del terreno, devolución de las cantidades y la indemnización a los propietarios, así como que se expropie a los propietarios) ante la inactividad de la misma que le imputa en el ejercicio de unas prerrogativas de la contratación pública y la omisión a través de la nueva contratista del cumplimiento del contrato, imputándolo al ayuntamiento a través de la aplicación de la doctrina y técnica del levantamiento del velo, lo que es una impugnación válida

conforme al art. 29 LJCA y cumple los requisitos del art. 25 LJCA al existir una reclamación administrativa previa que no se había hecho, lo que excluye la aplicación del art. 28 LJCA.

En definitiva la solicitud podrá o no ser atendida en función incluso (se analizará posteriormente) de los argumentos que expone en su contestación (si existe obligación o no de soportar los daños causados por actos u omisiones que dejó que causaran estado en vía administrativa) a la demanda, pero no se trata la impugnación de un acto consentido (art. 31.1 LJCA), pues no se está impugnando nada, sino reclamando que se realicen una serie de actuaciones que hasta el momento no se había realizado y se reconozcan una serie de derechos a los interesados (art. 31.2 y 32 LJCA). El recurso contencioso no es de tipo meramente revisor, sino de plena jurisdicción en lo que a su pretensión se refiere.

2.3º.- En relación a la prescripción de la acción hay que partir de varias cuestiones para poder dar una visión más clara del asunto.

- La solicitud que se hace tiene por motivo la inactividad que el hoy demandante imputa a la administración en el ejercicio de sus facultades de policía y dirección de la ejecución contractual.

- La pretensión va más allá de la reclamación patrimonial, pues se está solicitando (antecedente de hecho cuarto) un actuación a la administración que tendrá derecho o no a solicitar, pero que se ampara en la mora en la ejecución de un contrato debidamente signado y en las previsiones reglamentarias y convencionales que dan pie a la situación actual. Por tanto la prescripción, en la forma que se hace no afecta al conjunto de la pretensión o pretensiones, sino que afectará en su caso sólo a la petición indemnizatoria, lo que en ningún caso puede llevar a la declaración de inadmisibilidad patrocinada por la administración, pues mientras exista el contrato existe la posibilidad de que se resuelva por la administración como facultad inherente a la posición de la administración en este contrato (art. 196 y 197 L. 30/2007 y art. 125 D. L. 1/2004 CLM aplicable por razones temporales).

2.4º.- En conclusión el recurso contencioso administrativo es admisible sin perjuicio de su mayor o menor acierto y de que prospere o no el mismo, debiendo en el caso de la prescripción analizarse la cuestión desde la perspectiva de la pretensión concreta sujeta al mismo y su posible desestimación si a ello hubiera lugar.

TERCERO.- Sobre los actos consentidos y los efectos en el presente procedimiento: inexistencia de prescripción como causa de desestimación y la mora como situación antijurídica de carácter permanente.

3.1º.- Desestimadas las causas de inadmisibilidad hay que retomar la argumentación de la contestación a la demanda, pues aunque es admisible el recurso hay que analizar qué efecto tiene el haber consentido unos actos que debidamente

notificados son los que han provocado la situación de suspensión por la que hoy reclama.

3.2º.- Lo primero que se señala es que no hay ningún acto que acuerde la suspensión. Podrá haber actos que señalen la existencia de una paralización o suspensión de las obras, pero tal cuestión es un mero hecho y no un acuerdo jurídicamente adoptado. Es decir y en relación a los elementos de hecho concretamente alegados en la contestación a la demanda:

- La última certificación de la obra que informa que la misma está detenida no es un acto administrativo de suspensión, sino la mera constatación de un hecho negativo que es la falta de avance los trabajos comprometidos en virtud del contrato para la urbanización del sector en cuestión.

- El acuerdo de Pleno del año 2011 no acuerda tampoco la suspensión de las obras, sino que modifica el elemento subjetivo consistente en el agente urbanizador, sustituyendo al inicial agente por otro diferente y de naturaleza pública o semipública como es la Empresa municipal del suelo.

- El inicio del procedimiento de disolución de la empresa municipal del suelo tampoco señala nada en relación a la paralización de las actuaciones de un PAU que sigue vigente.

En definitiva la suspensión de las obras es una situación de hecho y de naturaleza antijurídica por ser contrario al carácter imperativo de los términos de un contrato o convenio (art. 1091 del código civil, art. 94 RDLeg 2/2000, aplicable por la fecha de adjudicación) que no ha sido acordada por la administración pública, sino que la misma se ha dado por el incumplimiento (por causas desconocidas y que no han sido objeto de prueba) por parte del agente urbanizador, primero privado y después de naturaleza pública.

3.3º.- Para concluir el análisis del valor de estos hechos hay que tener presente que, tal y como se ha constituido la litis en este caso la mora de los dos contratistas se mantiene a fecha de hoy.

La demora en la ejecución de un contrato es una situación que se mantiene a lo largo del tiempo en tanto que la misma no cesa. Es un daño continuado, una situación que se prolonga hasta que o bien se produce la resolución del contrato por cualquiera de las causas legalmente contempladas o bien se produce el cumplimiento, aunque tardío (art. 109 RDLeg 2/2000)

La mora se produce sin necesidad de interpelación y la misma, una vez que se produce, sólo concluye cuando el contrato concluye bien por resolución o bien por cumplimiento. No se puede suspender la mora en un contrato. La suspensión equivaldría a una novación objetiva de una cláusula del mismo, el término o plazo

(art. 1125 del código civil) mediante la prórroga de éste o el acuerdo de su falta de vigencia.

Por tanto si la mora sólo puede concluir con la resolución o el cumplimiento y no hay discusión de la falta de cumplimiento a fecha de hoy de este es obvio que la situación de mora se prolonga hasta el momento en que se realiza la reclamación extrajudicial, se interpone el recurso, se presenta demanda o se dicta la presente.

3.4º.- En definitiva si el daño deriva de la creación de una situación que se alarga en el tiempo hasta la fecha de hoy mal puede haber prescrito el derecho a reclamar o las acciones del mismo derivadas, pues una cuestión es cuándo empezó la mora y otra diferente cuando terminó la misma, pues si el retraso es lo que produce el mismo hasta que no cese de conformidad a lo señalado anteriormente difícilmente podrá señalarse que se ejercita tal acción, y ello sin perjuicio de otras doctrinas y consideraciones como puede ser la buena fe contractual y la doctrina del retraso culpable que no han sido objeto ni de alegación ni de prueba.

CUARTO.- De las pretensiones del demandante: resolución del contrato o convenio urbanístico incumplido.

4.1º.- La urbanización a través de agente urbanizador privado se configura como una relación muy similar a la contractual, siendo supletorio en lo no regulado por las normas sustantivas urbanísticas (en este caso la LOTAU 2004) lo señalado para el contrato de gestión de servicios públicos, tal y como señala el art. 125 LOTAU.

4.2º.- Atendiendo a que es un contrato de naturaleza pública y al incumplimiento del mismo por quien actualmente es agente urbanizador, la Empresa Municipal del Suelo, y del anterior contratista en todos y cada uno de los plazos, determina que la situación sea de flagrante incumplimiento, más cuando los plazos habían sido tomados como criterio en la adjudicación, tal y como consta en el expediente y lo han hecho valer las partes. El acortamiento de los plazos fue causa de la elección de la original empresa urbanizadora frente a otras empresas.

La administración tenía y tiene la obligación de hacer cumplir con la urbanización aún cuando la misma sea gestionada de manera indirecta, debiendo en ese caso proceder como señala la ley a la resolución de los convenios y a la anulación, o a adoptar las medidas convenientes de sanción respecto de los incumplidores cuando los incumplimientos son esenciales.

4.3º.- La resolución del contrato es una facultad administrativa, siendo que el art. 110 y ss. LOTAU regulan las facultades que la administración urbanística tiene en relación con el agente urbanizador, entre las que se encuentra la resolución (previa consulta a la Comisión Regional de Urbanismo) que implica también la anulación de la programación y con ello de la relación entre las partes. En relación a la resolución señala el art. 125 TRLOTAU04 que *La resolución de la adjudicación se acordará por la Administración actuante, previo informe de la Comisión Regional de Urbanismo, que podrá ser instado también por el urbanizador*

En relación a la resolución de la adjudicación hay que señalar que no se especifica cuando ha de acordarse y que la misma no es una potestad reglada. Dice la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 24 de Julio de 2017 que *"...como hemos dicho en otras ocasiones (sentencia de esta misma Sala y Sección de 23 de enero de 2017) "la concurrencia de un determinado incumplimiento por parte del agente urbanizador, al margen de la responsabilidad que pueda derivarse para el mismo, puede facultar a la Administración, en determinadas condiciones, para disponer la resolución de la adjudicación, pero ello, es obvio, habrá de ser valorando, previamente, cuál es la mejor de las opciones posibles a la vista del estado de cosas, es decir previa consideración de si efectivamente la actuación del adjudicatario defrauda definitivamente las legítimas expectativas existentes en cuanto al cumplimiento - pues el incumplimiento de habilitador de la resolución debe ser un incumplimiento grave -, y determinando, además, cuál es la opción más beneficiosa para el interés público que el Ayuntamiento está llamado a tutelar"*.

Es decir, que es una decisión discrecional de la administración la resolución de la programación o no, siendo que además implica la necesaria apreciación de las circunstancias para atender y cumplir con el interés público, siendo que se ha mantenido la diferenciación con el contrato de obras propiamente dicho (STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 14 de Marzo de 2016), y dotando de una especial consideración y naturaleza que califica de manera reiterada como dudosa haciéndose eco de la jurisprudencia europea.

4.4º.- El contrato de gestión de servicios públicos, al que remite el art. 125 TRLOTAU04 como legislación supletoria se extingue conforme a lo dispuesto en el art. 111 y 167 RDLeg 2/2000 en el caso de mora. En lo que a la demora se refiere, que es lo que se imputa a los agentes urbanizadores se remite a su vez al art. 95 del RDLeg 2/2000, lo que vuelve a señalar una facultad discrecional, pues no implica la resolución directa, sino que determina la elección entre la resolución del contrato y la imposición de penalidades.

Incluso el plazo máximo de ejecución en cinco años puede ser objeto de prórroga conforme al art. 110.3.b TRLOTAU04, lo que implica que aún habiéndose sobrepasado con creces los plazos la prórroga de los mismos es posible y no es una consecuencia necesaria la resolución.

4.5º.- Ello no obstante la propia administración ha alegado que la empresa hoy adjudicataria se encuentra en proceso de disolución, así como, se desprende de su comportamiento, que no hay una voluntad real de ejecutar las obras por la misma o llevar a efecto el convenio del PAU. Ello implica que permanezca la paralización de las obras de urbanización y que, además, la misma vaya a mantenerse *"sine die"*, pues realmente el convenio urbanístico no va a ser ejecutado, sino que será ejecutado en la forma y manera que se considere oportuno y sin sujeción a los plazos, lo que determina que esa ejecución de otra forma y manera, lo que es contrario al principio de la vinculación contractual.

4.6º.- Todo lo anterior sirve para llegar a tres conclusiones:

- La primera que la administración no ha cumplido con la obligación de garantizar y vigilar el cumplimiento del convenio urbanístico o de la ejecución indirecta de las obras de urbanización como es su obligación conforme al art. 98 TRLOTAU. La misma ha consentido de manera pasiva el vencimiento de los plazos y la paralización de las obras.
- La segunda que los urbanizadores no han cumplido con sus obligaciones. Ni la primera de las empresas ni la empresa pública del suelo.
- La tercera que tampoco hay una posibilidad ni una voluntad real a día de hoy de poder cumplir con el convenio por parte de la empresa urbanizadora ni por parte del ayuntamiento, habiéndose sobrepasado todos los límites razonables para ello y estando en fase de disolución la empresa municipal del suelo.

4.7º.- Cabe decir que, prima facie, la resolución de los contratos o, en este caso, de los convenios, salvo por causas establecidas legalmente es una potestad discrecional de las administraciones. Dentro de un contenido discrecional, no se puede imponer a la administración qué solución debe elegir la misma (art. 71.2 LJCA), pues será la propia administración la que debe decidir cuál de las opciones es la más atinada a los fines que le son propios (art. 103 CE y art. 2 LBRRL) y al interés general que representa, y no el demandante o este juzgado a través de este procedimiento el que lo haga, señalando que existe además la facultad de suspensión de la ejecución de un PAU tal y como reconoce la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 24 de Julio de 2017 en la medida en que señala esa situación respecto de uno de ellos, todo ello claro está sin que se pueda obviar el que se produzcan daños y perjuicios por la actitud omisiva en el ejercicio de las potestades que señala el demandante.

4.8º.- Ahora bien, dicha discrecionalidad de la administración puede ser reducida si las circunstancias lo permiten, siendo que en el presente caso, se dan las circunstancias para ello, dejando de, entre todas las opciones sólo la de la resolución como ajustada a derecho aplicando las técnicas de limitación de la discrecionalidad como es el control de los hechos determinantes, su valoración y los principios generales del derecho, sobre todo la interdicción de la arbitrariedad y la desviación de poder.

Dice la STSJ del País Vasco, secc. 2ª, de 11 de Noviembre de 2016 resumiendo el problema a este respecto, aunque en un tema diferente como es en relación con la planificación urbanística, pero trasladable plenamente al conjunto de potestades discrecionales y su posibilidad de control que *"En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la STS 11.7.87 (Pte. Sr. Delgado), y posteriores (STS*

20.12.91 - Pte. Sr. Delgado Barrio; STS 21.1.97 -Pte. Sr. Sanz Bayón, STS 23.4.98 - Pte. Sr. Sanz Bayón etc.) ha venido acogiendo la doctrina del control de la discrecionalidad de los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, en el ámbito de la potestad de planeamiento urbanístico. (...)

El control de la discrecionalidad se desarrolla a través de: a) el control de los hechos determinantes, que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad ; b) el enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho, lo que implica que la actuación de la Administración ha de ajustarse a las exigencias de dichos principios.

La STS 11.7.87 afirmó que la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos, para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de forma que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, la decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico, y concretamente, el art. 9.3 de la CE CE art. 9.3.

(...) Como se indica en la STS 26.7.06 (Pte. Sr. Menéndez- rec. 2393/03 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, 26-07-2006 (rec. 2393/2003)) " el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para actuar atribuyéndole potestades, atribución que se realiza siempre atendiendo al logro de un determinado fin que explícita o implícitamente dibuja el propio ordenamiento, puesto que "sólo el fin perseguido 'justifica' una actuación administrativa y además ese fin ha de ser precisamente el 'fijado' por el ordenamiento jurídico". Y más adelante: El control de la discrecionalidad administrativa en el ámbito urbanístico, como se indica en la STS 21.1.97 entre muchas otras, opera a través de la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos."

Han sido supuestos varios en los que en materia urbanística nos hemos referido a la STS de 20 de enero de 1992 EDJ1992/343 , que hemos denominado clásica a este respecto, cuyas conclusiones se han reiterado, y así las vemos recogidas, entre otros, en los Fundamentos Jurídicos 2º y 3º de la STS de 29 de septiembre de 1993 ,, que por su significado, trasladaremos lo que en ellos se razona, así:

(...) será de recordar que el «genio expansivo» del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106.1 de la Constitución CE art. 106.1 EDL1978/3879 , se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto:

- A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración*

inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios - art. 1.º 4 del Título Preliminar del Código Civil CC art. 1.4 EDL1889/1 - informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos -la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al Derecho, art. 103.1 de la Constitución CE art. 103.1 EDL1978/3879 -.

(...) ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos - art. 9.º, 3 de la Constitución CE art. 9.3 EDL1978/3879 - que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.

Existe a este respecto una frondosa jurisprudencia- SS. 22 septiembre EDJ1986/5620 y 15 diciembre 1986 EDJ1986/8275 || || 6078 y || || 1139), 19 mayo EDJ1987/3911 y 21 diciembre 1987 || || 6877 y || || 9687), 18-7-1988 EDJ1988/6394 || || 5914), 23 enero EDJ1989/412 y 17 junio 1989 EDJ1989/6159 || || 427 y || || 4732), 20 marzo EDJ1990/3094 y 22 diciembre 1990 EDJ1990/11918 || || 2246 y || || 10183), 11 febrero , 27 marzo EDJ1991/3331 y 2 abril 1991 || || 784, || || 2226 y || || 3278), 20 enero EDJ1992/343 , 17 marzo EDJ1992/2565 y 14 abril 1992 EDJ1992/3675 || || 715, || || 2226 y || || 4146), 15-3-1993 || || 2523), etc.-.

4.9º.- Por tano hay dos cuestiones que se refieren en primer término a que no se ha cumplido de manera muy clara el plazo de ejecución del PAU, así como que no se ha cumplido el contenido y que tampoco hay una voluntad de cumplirlo por la administración, pues nada ha hecho durante todo este tiempo (más de diez años) para ello. Tampoco hay posibilidad de llevarlo a cabo, pues el agente urbanizador que actualmente ostenta las responsabilidades está, por decisión del propio ayuntamiento, en disolución, e incluso el propio ayuntamiento carece de voluntad de cumplirlo. Sin embargo, y por decisión del ayuntamiento (evitando así también la causa de resolución del art. 111.a RDLeg 2/2000) no se liquida la empresa municipal del suelo, paralizando también esa actuación sin que podamos saber qué regla o decisión le autoriza a ello, incurriendo en una nueva ilegalidad, lo que lleva a una situación de inactividad antijurídica de unos terrenos que no se urbanizan de manera consciente, dejando sin efecto real la ejecución de dicha urbanización fuera de las

vías que se establecen para ello que sería la resolución de los vínculos jurídicos a través de un procedimiento alegalmente paralizado.

Por tanto la realidad es que la voluntad administrativa es que ese PAU no se lleve a efecto, con lo que la realidad es que la discrecionalidad no es tal, sino que está sirviendo para postergar la decisión que habrá de recaer sobre la resolución del convenio en cuestión que ni se ha cumplido, ni tampoco piensa cumplir en sus propios términos.

Se evita así responder a las peticiones y requerimientos que se le vienen haciendo, lo que desde luego es una situación antijurídica que es contraria a derecho y que no puede amparar la actuación del mismo, pues realmente la única solución válida hoy en día es la resolución del propio planeamiento incumplido conforme al art. 125 TRLOTAU y que parece que a fecha de hoy no va a ser cumplido porque además del incumplimiento palmario no hay voluntad para ello.

QUINTO.- Sobre las consecuencias de la resolución. El levantamiento del velo de la empresa pública.

5.1º.- Atendiendo a lo anterior cabe decir que el hoy demandante tendrá derecho a que se le devuelvan las cantidades que haya entregado para la urbanización, que no queda acreditado que sean las que reclama.

Así lo primero que hay que señalar es que no ha cedido la propiedad de los terrenos que señala haber hecho.

Posteriormente cabe señalar que sólo consta haber abonado 48129 € al inicial contratista mediante el pagaré, que es la cantidad que realmente se puede afirmar que ha entregado por la urbanización. El resto no consta que se haya cumplido a fecha de hoy y la prueba más evidente es que el propio demandante lo asume aportando el requerimiento mediante burofax para que comparezca a otorgar la escritura que acompaña a su escrito de conclusiones.

La devolución, conforme al art. 125.c.1º TRLOTAU es de las cantidades entregadas, no de las que queden por entregar, con lo que no puede condenarse en esta sentencia a algo que no se ha producido, pues sería amparar un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de que pueda reclamarlos por otras vías conformes a derecho, siendo que además se refiere a las cantidades no aplicadas por su destino y en el documento aportado se viene a reconocer que las cantidades entregadas lo son por los trabajos de urbanización efectuados, con lo que, de entrada, no se daría el presupuesto, pues si han sido aplicadas a su destino difícilmente podrán ser devueltas.

5.2º.- La devolución de las cantidades se reclama al ayuntamiento, puesto que no puede condenarse a quien no se ha demandado (art. 33.1 LJCA y art. 216 LEC). Una cuestión es ser interesado conforme a la demanda porque la resolución incide en la situación jurídica de una persona mediante la pérdida de derechos y otra

diferente la imposición de obligaciones a la empresa municipal del suelo que no ha sido demandada, sino que solo se solicitaba su emplazamiento.

Por tanto para que prospere esta pretensión deberían apreciarse los presupuestos para el levantamiento del velo jurídico de las entidades públicas que son bastante restrictivos.

5.3º.- Los requisitos para el levantamiento del velo en general se refieren en términos generales a la utilización abusiva del instrumento jurídico que ampara la actuación de quien se considera responsable, estableciendo una serie de indicios para la aplicación de este tipo de instituciones y entender que existe esa utilización fraudulenta o abusiva de las mismas. En este sentido y con carácter general la STS, Sala 1ª, de 29 de Septiembre de 2016 dice que *“Con carácter previo, interesa precisar las contundentes alegaciones de la recurrente en torno a la aplicación excepcional y extraordinaria que, a su juicio, definen o caracterizan a esta figura. En este sentido, debe tenerse en cuenta lo declarado por esta Sala en su sentencia núm. 101/2015, del 9 de marzo STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 09/03/2015 (rec. 226/2013), que respecto declara:*

«[...] En efecto, en estos casos, en donde la doctrina del levantamiento del velo opera con una finalidad concorde a los remedios tendentes a facilitar la efectividad o cobro del derecho de crédito, interesa señalar que las anteriores notas de excepcionalidad y aplicación restrictiva, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas, refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura. De forma que la excepcionalidad así entendida resulta observada, en estos supuestos, cuando la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo responda, a su vez, al carácter subsidiario con que operan estos remedios tendentes a facilitar el cobro del derecho de crédito, esto es, cuando la parte actora y acreedora no disponga de otra acción o recurso específico al respecto para hacer efectivo el cobro de su derecho de crédito (STS de 7 de septiembre de 2012, núm. 510/2012 STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 07/09/2012 (rec. 560/2010)). Todo ello, como más adelante se expone, sin perjuicio de los propios presupuestos de aplicación de esta figura que determinan, con su fundamento primario a la cabeza, que en los casos en que concurren resulte ajustado a Derecho trascender el principio de la eficacia relativa de los contratos (artículo 1257 del Código Civil Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1257 (16/08/1889)) en orden a la legítima protección del derecho de crédito».

Centrados en la aplicación prudente de esta figura, de acuerdo con la acreditación de las circunstancias que pongan en evidencia el abuso de la personalidad de la sociedad, debe tenerse en cuenta lo declarado por esta Sala en la sentencia núm. 326/2012, de 30 de mayo STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 30/05/2012 (rec. 1282/2009), que a los efectos que aquí interesan, precisa lo siguiente:

«[...] Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento

del velo, sin que tampoco constituyan numerus clausus . En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada una de ellos requiere sus propios presupuestos además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros.

»De ahí que, para advertir la procedencia en este caso del levantamiento del velo, sea preciso un análisis de los motivos invocados en la demanda y de las circunstancias que concurren acreditadas en la sentencia».

En el presente caso, tras el análisis de los motivos invocados en la demanda y las circunstancias concurrentes acreditadas en la instancia, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario no resulta justificada.

5.4º.- Por tanto de la normalidad o actuación legal no puede deducirse las consecuencias pretendidas, lo que lleva a desestimar la pretensión por las siguientes razones:

- La primera es que el demandante no acredita la insolvencia de lo que califica como instrumento. Antes al contrario, pues el hecho de su nacimiento con el capital social mínimo no significa su falta de patrimonio. Ello hace que no se cumpla el requisito de subsidiariedad de este tipo de acciones en la forma antes descrita.
- No se puede calificar como abuso de derecho o actuación fraudulenta lo que es propio de la naturaleza de la entidad. En este sentido es patente la relación entre el ayuntamiento y la empresa es una mercantil local conforme al art. 85.ter LBRRL, siendo lógico por tanto que si el capital es público controle la misma y no pudiendo servir, atendiendo al carácter legalmente instrumental de la misma para determinar un uso fraudulento y no siendo suficiente para considerar un fraude la coincidencia personal entre los miembros de la corporación y los miembros del Consejo de Administración de la empresa.
- No se acredita la confusión de patrimonios entre ambas personas jurídico públicas.

5.5º.- En definitiva, lo relevante para la apreciación de la doctrina del velo no es el control de una empresa por otro ente, pues ello es inherente a las empresas públicas o la procedencia de su capital inicial, pues una empresa pública no es extraordinario que proceda en su totalidad de las administraciones, sino lo relevante es el abuso y ese abuso no se aprecia ni se acredita. Lo relevante es el abuso de derecho o la



falta de buena fe. En este sentido la STS, Sala 1ª, de 15 de Noviembre de 2010 afirma que *"La doctrina del abuso de Derecho, en palabras de la STS de 1 de febrero de 2006 (RC nº.1820/2000) se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (Sentencias de 8 de julio de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1996); exigiendo su apreciación, en palabras de la Sentencia de 18 de julio de 2000, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)."*

Podrá haber responsabilidad patrimonial de la administración si la falta de control y la permisividad respecto de los incumplimientos han generado daños y estos se contraen a las cantidades entregadas (siempre que el responsable no los devuelva, cuestión que no se acredita haber realizado) o bien la paralización del proceso de disolución durante largo tiempo, pero ello no hace responsable solidario de la devolución a quien nada ha recibido, el ayuntamiento, pues la empresa municipal del suelo cumple sus propias funciones y tiene un régimen jurídico válido y por tanto sería a esta a quien le correspondería devolver las cantidades que percibió la persona en la que se subrogó, y sólo cuando ésta no lo haga o no se reciba se podrá hablar de responsabilidad en el ayuntamiento.

5.6º.- A todo ello además se añade otro óbice que es que la devolución no es automática conforme al art. 125.c.1º TRLOTAU, pues la misma depende de una decisión totalmente discrecional que es la elaboración de una nueva programación o no y la sujeción de los bienes afectados a la misma, lo que desde luego no procede declarar en esta sentencia conforme al art. 71.2 LJCA.

SEXTO.- De la expropiación solicitada.

Al no haberse resuelto el referido PAU, tampoco puede acordarse la expropiación, puesto que el demandante participó voluntariamente en este procedimiento urbanizador, siendo que para que se pueda imponer la expropiación hubiera sido necesario haberlo solicitado con anterioridad, pues incluso aunque se considerara el art. 104 TRLOTAU se exigiría la apreciación de la concurrencia de los presupuestos de utilidad pública y necesidad de ocupación en función de las apreciaciones del interés general, lo que nuevamente nos lleva a la imposibilidad de imponerlo (art. 71.2 LJCA).

Por otra parte, aquí sí que hay un acto administrativo expreso (docs. 11 y 11 bis de la contestación) que no ha sido debidamente impugnado y por tanto el mismo

produce efectos (art. 39 L. 39/2015) y no puede desconocerse al no haberse tampoco impugnado, además de ser una opción que se ha de hacer al comienzo de la ejecución del PAU, lo que no obsta a que si se resolviera y anulara el presente se pudiera solicitar cuando se realizara el nuevo, si este caso se llegara a dar.

SÉPTIMO.- De los daños y perjuicios reclamados.

7.1º.- Atendiendo a lo anterior, resta por analizar la reclamación de los daños y perjuicios causados en los presentes autos.

Recordemos dos artículos en este sentido y que son coincidentes. El primero de ellos sería el art. 113 del Decreto 20/2011 de Castilla La Mancha que dice *El urbanizador será responsable de los daños causados a las personas propietarias o a otras personas como consecuencia de su actividad o por falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, salvo cuando aquéllos tuvieran su origen en una orden directa de la Administración actuante o en el cumplimiento de una condición impuesta por ella.*

El segundo y coincidente en su sentido es el art. 97 y 160.c RDLeg 2/2000, concordantes con el art. 194 y 256.c de la Ley 30/2007; art. 214 y 280 RDLeg 2/2011 y art. 194 y 288 de la Ley 9/2017, esto es que es obligación del contratista, en este caso, agente urbanizador *Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.*

Como consta en alguna resolución del TSJ este tipo de daños y perjuicios tienen un régimen específico respecto del relativo a la responsabilidad patrimonial en la medida en la cual se refieren a los daños causados por el agente urbanizador en el ejercicio de las actividades de ejecución urbanística, lo que implica además que, conforme al régimen que se viene estableciendo en la ley de contratos (que se aplicaría subsidiariamente) deba ser analizado cuidadosamente, pues puede estar sujeto no al control jurisdiccional contencioso administrativo, sino al civil conforme a los criterios de responsabilidad, tal y como se recoge en la interpretación del art. 214 RDLeg 3/2011 por la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 2ª, de 10 de Octubre de 2016 o la STSJ de La Rioja, secc. 1, de 10 de Marzo de 2016.

7.2º.- El demandante alega dos títulos de imputación a la administración de los daños que dice haber sufrido.

- El primero directo por la falta de ejercicio de las prerrogativas inherentes a la administración en la contratación y normativa urbanística.
- El segundo a través del levantamiento del velo de la actual contratista, es decir atribuyéndole una actuación de negligencia en la ejecución del PAU por la paralización (aquí estaría por tanto demandando al ayuntamiento en su calidad de verdadero agente urbanizador a través de lo que considera el demandante un instrumento interpuesto, lo que plantearía dudas realmente de

su posible análisis en este procedimiento y en esta jurisdicción atendiendo a lo anteriormente señalado).

7.3º.- Pero antes de entrar a valorar las alegaciones del demandante sobre la imputación del daño habrá que determinar el daño que se haya producido y que el hoy demandante aprecia en la disminución del valor del suelo, lo que ya se adelanta que no es asumible ni en la forma que lo calcula ni en cuanto a que ello sea por si mismo indemnizable como causa del lapso de tiempo de la demora.

Hay que partir de una base y es que el daño que se haya producido está mal fijado *ab initio* por el mismo. Así y respecto del valor que toma como base para la futura expropiación (98,24 €) no es asumible, pues es el valor fijado por el TSJ para una expropiación. Esto es el valor que tenía el terreno en el momento de inicio del procedimiento de expropiación (art. 36 LEF), momento temporal diferente del inicio de la mora en el cumplimiento de las obligaciones por los agentes urbanizadores y diferente igualmente del que tiene hoy en día.

Debe tenerse en cuenta que el daño que reclama no se produce por la pérdida de ese inicial valor, o al menos no en este procedimiento. Si lo que se reclama es un incumplimiento y teniendo en cuenta lo que señala el propio informe pericial aportado, el daño por el retraso no será el decremento del valor inicial del terreno tomando como base el valor en 2008 o 2007 como señala el informe, sino el decremento del valor que habría tenido en el momento en que debió completarse el PAU, lo que nos sitúa en el año 2010- 2011 y no en 2007- 2008.

La mora causa daños y perjuicios (art. 1100 y 1101 Cc), pero los daños y perjuicios comienzan a producirse cuando la mora se inicia, no antes, y las circunstancias de precios del año 2011 es público y notorio que no eran las del año 2008, con lo cual sus cálculos son incorrectos por el error en la fecha inicial de la comparativa de precios.

Por otra parte la pérdida de valor no se consuma hasta el momento en que efectivamente se reciban los terrenos, se disponga de los mismos o se realice cualquier tipo de operación y acorde a las características de los mismos, o bien se produzca la pérdida efectiva de valor. La dinámica de los precios del suelo puede hacer que esa misma tendencia hacia el descenso se traduzca en un nuevo ascenso, tendencia que de hecho y atendiendo a las estadísticas públicas está ocurriendo, lo que crearía un enriquecimiento sin causa en el demandante, pues se le estaría indemnizando algo que posteriormente puede cambiar y evitar o reducir el daño.

7.4º.- En definitiva lo que hay ahora mismo es una fluctuación de precios durante el periodo que viene durando la situación de mora en la ejecución del contrato, sin que primero conste claramente cuál era el precio que tenían esos terrenos o hubieran debido tener de haberse concluido el contrato en su debido momento, ni tampoco que la situación haya concluido. No acredita un daño patrimonial ni tampoco un lucro cesante (art. 1106 del código civil), sino todo lo más la pérdida de una expectativa

abstracta (tampoco identifica una concreta operación que haya disminuido o que se haya frustrado) que identifica en el precio a fecha de hoy, pero que tampoco se puede concretar, pues sólo cuando se concluya todo el proceso se podrá evaluar si ha perdido, cuánto ha perdido o cuánto ha dejado de ganar, pues la dinámica de los precios (inmanente a una situación de mercado) hace que mientras conserve los terrenos no se haya consolidado ningún daño ni perjuicio por la fluctuación de éstos y tampoco acredita la frustración de expectativas concretas, sino algo coyuntural y cambiante como es el precio del mercado de ese patrimonio que el mismo tiene en los terrenos afectados por el PAU demorado.

Respecto de los daños y perjuicios la STS, Sala 3ª, de 21 de Febrero de 2008 exige que *“ para que el perjuicio pueda ser indemnizable, los daños han de ser reales y efectivos y ha de acreditarse su existencia, no siendo suficiente la aportación de datos hipotéticos, sino reales y concretos que guarden relación de causa-efecto y en lo relativo a las ganancias dejadas de obtener, la prueba no ha de referirse a supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros, desprovistos de certidumbre, sino que ha de ser rigurosa sin que tengan valor las dudosas y contingentes.”*

Ante la posibilidad cierta de la modificación de esos precios por ser dinámicos y estar sujetos al mercado, no puede señalarse como un daño patrimonial la fluctuación de precios en un concreto periodo y ante la falta de acreditación de operación alguna o de disposición de los mismos con precio inferior al que se hubiera obtenido en aquel momento, o de frustración de estas por el lapso de tiempo tampoco puede apreciarse un lucro cesante, más si además la actitud pasiva también lo ha sido del demandante que con su inacción ha permitido alargar la situación.

OCTAVO.- Pronunciamientos, costas y recurso.

8.1º.- Procede estimar en parte el recurso contencioso administrativo (art. 70.2 LJCA), pues es contrario a derecho el silencio administrativo en si, y además:

- Procede la declaración del incumplimiento de las obligaciones del demandado.

- Procede resolver el contrato y la tramitación del expediente de cancelación del PAU en cuestión.

8.2º.- No procede imposición de costas conforme al art. 139.1.II LJCA.

8.3º.- La presente es susceptible de recurso de apelación conforme al art. 81.1 LJCA.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. El Rey y en uso de la potestad que me confiere la Constitución Española

FALLO

Que ESTIMO de manera PARCIAL el recurso contencioso administrativo presentado por D. _____, debidamente representado y asistido por D. PABLO GARCÍA MINGUILLAN como parte demandante frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO, debidamente representado y asistido por DÑA. CARMEN SANTOS ALTOZANO como parte demandada y en consecuencia:

1º.- DECLARO el incumplimiento de las obligaciones de la administración en relación con la de ejecución del PAU del sector IV Este "El Abulagar" del PGU de Puertollano.

2º.- RESUELVO el convenio para la urbanización del referido PAU del sector IV Este "El Abulagar" del PGU de Puertollano.

3º.- CONDENO al ayuntamiento a tramitar el expediente de CANCELACIÓN DE LA PROGRAMACIÓN en la forma señalada en el art. 125 TRLAU y disposiciones aplicables, expediente donde se habrán de determinar los efectos de la misma que legalmente procedan, entre ellos las indemnizaciones debidas.

No se hace imposición de costas.

La presente resolución no es firme y podrá ser recurrida en apelación ante el TSJ DE CASTILLA LA MANCHA mediante escrito presentado en este juzgado conforme a lo dispuesto en el art. 81 y ss. por los trámites y en los plazos previstos en el art. 85 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, previa constitución de un depósito de 50 € conforme a la DA 15ª de la LOPJ en la cuenta de consignaciones de este Juzgado abierta en el Banco de Santander con el número 5138 0000 22 015316.

Así por esta, mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo en lugar y fecha *ut supra* indicado.

PUBLICACIÓN.- En CIUDAD REAL a, . Leída y publicada en el día de la fecha ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, en audiencia pública. Doy fe.