

<p>Expediente: 30/2015 Objeto: Reclamación de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de convenio urbanístico Dictamen: 31/2015, de 3 de noviembre.</p>

DICTAMEN

En Pamplona, a 3 de noviembre de 2015,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Eugenio Simón Acosta, Presidente, don Alfredo Irujo Andueza, Consejero–Secretario; y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Iruretagoyena Aldaz, Doña Socorro Sotés Ruiz y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El día 27 de agosto de 2015 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo, a petición del Ayuntamiento de Ituren, en virtud del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Ituren y la mercantil "...", sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

Se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación, incluyendo propuesta de resolución municipal de inadmisión de la reclamación, y solicitud del Ayuntamiento de Ituren para que se emita dictamen por este Consejo.

El Consejo de Navarra, en uso de la facultad que le otorga el artículo 22 de la LFCN, adoptó el acuerdo de prorrogar el plazo para emitir este dictamen, en la sesión celebrada el día 19 de octubre de 2015.

I.2ª. Antecedentes de hecho

A) Reclamación de responsabilidad patrimonial

Con fecha de 16 de enero de 2015,..., en nombre y representación de la mercantil "...", presentó un escrito de reclamación ante el Ayuntamiento de Ituren de indemnización por daños emergentes y lucro cesante derivados de la responsabilidad patrimonial surgida del "incumplimiento de la actuación concertada y de las obligaciones asumidas en el Convenio Urbanístico de fecha 12 de febrero de 2008 y de la posterior solución de continuidad administrativa para permitir hacer efectivos los parámetros urbanísticos pactados y concertados" entre la parte reclamante y el Ayuntamiento de Ituren; y, en caso de desestimarse esta responsabilidad, por "el hecho de la anulación del Plan General Municipal de Ituren".

De lo señalado en este escrito, así como de la documentación obrante en el expediente, se desprende, en esencia, lo siguiente:

Con fecha 12 de febrero de 2008, el Ayuntamiento de Ituren y la mercantil "...", suscribieron un Convenio Urbanístico, tras el correspondiente acuerdo de fecha 11 de febrero de 2008 del Pleno Municipal, en atención a "las necesidades de dotar al municipio de una escuela pública", lo que llevó "al Ayuntamiento y al Departamento de Educación y Cultura del Gobierno de Navarra a un compromiso para la construcción de dicho equipamiento", por el que correspondía "al Ayuntamiento de Ituren aportar el terreno necesario y la urbanización de los accesos" (antecedente segundo del Convenio Urbanístico). Por su parte, el Ayuntamiento de Ituren se comprometió a

encargar a los entonces redactores del Plan Municipal de Ituren, una modificación de las Normas Subsidiarias (en adelante, NNSS) entonces en vigor; modificación que debía delimitar “una unidad de actuación del suelo urbanizable con las características siguientes”:

- *Superficie aproximada: 8.558 m2.*
- *Parcelas afectadas:,.....*
- *Clasificación: urbanizable.*
- *Edificabilidad: 0,5 m2/m2.*
- *Superficie construida:*
 - Sótano 1.598 m2*
 - P.B. 1.140m2*
 - P.E. 3.195 m2*
- *Uso global residencial: se permite en planta baja uso de local comercial, garajes y vivienda.*
- *Número máximo de viviendas: 30.*
- *Tipología de viviendas: Plurifamiliar (4 viviendas) y colectivas en bloque (26 viviendas).*
 - 30% Viviendas de protección oficial.*
 - 70% Viviendas libres. El promotor se compromete a que la gente del lugar tenga prioridad en la compra.*
- *Ordenación:*
 - Aprovechamiento susceptible de apropiación: 90%, el 10% del aprovechamiento total de la unidad urbanizado corresponde al Ayuntamiento de Ituren.*
- *Cesión de la unidad:*
 - Cesión de una parcela de 2.107 m2 con destino a escuela pública que se entrega al Ayuntamiento de Ituren, con accesos urbanizados.*
 - Cesión de una parcela de 1.931 m2 que se entregará urbanizada con destino a zona verde pública.*
 - Cesión de una parcela de 683 m2 con destino a plaza pública que se entregará al Ayuntamiento urbanizada que podrá contar en subsuelo con un uso de garaje.*
- *Urbanización: la urbanización de los viales de la unidad con aceras y aparcamientos con las secciones que constan en el gráfico anexo. Los materiales los concretará el Ayuntamiento en el proyecto de*

urbanización. Se incluyen como obras de urbanización el acceso peatonal público hasta la zona verde y el acceso desde la carretera.”

En el citado Convenio (acuerdo quinto) se estableció la obligación de la mercantil de abonar los costes de redacción del expediente de modificación y del proyecto de reparcelación, que señala la reclamante fueron satisfechos.

También se previó que el Convenio quedara supeditado a que recayera *“la aprobación definitiva del expediente de modificación por parte del Departamento de Ordenación del Territorio”* (acuerdo séptimo).

El Convenio Urbanístico no fue recurrido por lo que, según la reclamante, ha devenido firme en su aprobación y contenido.

Por medio de la Orden Foral 377/2008, de 18 de diciembre, del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio, se aprobó definitivamente el expediente de modificación de las NNSS de Ituren, en las parcelas..... y ... del polígono..., paraje..., promovido por el Ayuntamiento de Ituren, y en el que se delimitaba el ámbito denominado ... de Ituren.

La mercantil “...” adquirió las parcelas..... y... del polígono... de Ituren en el año 2009, tras formalizar las correspondientes operaciones de compraventa y permuta.

Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ituren, de fecha 16 de febrero de 2010, se procedió a aprobar definitivamente el proyecto de urbanización del ámbito... de Ituren, el proyecto de reparcelación del ámbito... de Ituren, y el convenio urbanístico de gestión para la sustitución por su equivalente económico del 10% del aprovechamiento en el ámbito... de Ituren (BON de 26 de marzo de 2010).

Contra los instrumentos de gestión urbanística y de obras de urbanización aprobados por el Ayuntamiento, se interpusieron por terceros particulares cincuenta y dos recursos de alzada ante el Tribunal

Administrativo de Navarra, que fueron desestimados por las Resoluciones de 13 de octubre de 2010 -números 8892 y 8893- y de 14 de octubre de 2010 -número 8894-, indicándose expresamente que, “como el Ayuntamiento y la sociedad interesada señala”, el recurso no se instó “contra el Proyecto de Urbanización”, sino “contra la modificación de las Normas Subsidiarias de la localidad en las parcelas...,...,...,... y... del polígono..., paraje..., aprobada por Orden Foral 377/2008”. Por ello, según la reclamante, los acuerdos recurridos de aprobación del Proyecto de Urbanización y del Proyecto de Reparcelación del ámbito... de Ituren devinieron firmes y el aprovechamiento urbanístico definido para el ámbito... de Ituren fue patrimonializado por la mercantil...

La Orden Foral 377/2008 fue recurrida ante el Gobierno de Navarra, desestimándose por silencio administrativo. Contra esta desestimación se interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo demandados el Gobierno de Navarra y el Ayuntamiento de Ituren. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 28 de octubre de 2011, número 490/2011, anuló la citada Orden Foral 377/2008 en atención a dos motivos:

a) La “modificación llevada a cabo de las Normas Subsidiarias de Ituren (NNSS) en sus parcelas...,...,...,... y... del polígono..., paraje..., para la construcción de una escuela municipal y 26 viviendas en bloque y otra plurifamiliar de 4 viviendas, no es propiamente una Modificación sino una Revisión Urbanística de esas NNSS”, con todo lo que ello implica de “adopción de nuevos criterios estructurantes y orgánicos de todo el territorio, modelo territorial distinto que afecta a la globalidad del Municipio”

b) “La modificación aprobada pugna no solo con el nuevo planeamiento, (en ciernes es cierto), contradice abiertamente a la E.M.O.T., si no que es totalmente disonante para con la estructura y modelo territorial (protegida, insistimos) de Ituren. De población en calle, vivienda unifamiliar en piedra y separadas (a salvo caseríos aislados) por belenas o etxeakoartes. Esta nueva implantación llevada a cabo por la modificación de las NNSS acoge vivienda en bloque, sin ninguna de tales determinaciones, chocando frontalmente con las Ordenanzas de Edificación de Ituren; y no nos vale en

el ámbito jurídico el que se diga que tales Ordenanzas están obsoletas, pues con ese criterio estarían obsoletas todas cuantas ordenanzas de todo el territorio nacional protegen los cascos históricos”.

Con fecha 24 de noviembre de 2011 se decretó la firmeza de la sentencia y, por Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, se requirió al Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio que se “lleve a puro y debido cumplimiento lo mandado” en la Sentencia 490/2011.

El Pleno del Ayuntamiento de Ituren, poco antes, con fecha 17 de mayo de 2011, aprobó provisionalmente el Plan Municipal, y con fecha 7 de noviembre de 2011 acordó la aprobación del texto refundido del Plan General Municipal de Ituren.

Se indica en el escrito de la mercantil recurrente que en la tramitación del nuevo Plan General Municipal se incluyeron las mismas determinaciones del ámbito... de la modificación puntual, aprobada definitivamente por la Orden Foral 377/08, alegando una nueva Estrategia y Modelo de Ocupación Territorial (en adelante EMOT) del municipio y la superación de los defectos advertidos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 28 de octubre de 2011.

Por Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda del Gobierno de Navarra, se procedió a aprobar definitivamente el Plan Municipal de Ituren, que comprendía el ámbito Área..., integrada por las parcelas catastrales..... y ... del polígono... del paraje..., en ella se reflejaban los mismos parámetros urbanísticos del ámbito... del expediente de modificación de las anteriores normas de planeamiento, en la que únicamente se había variado su clasificación, que pasó a ser urbana.

Tras las elecciones municipales, el Pleno del Ayuntamiento de Ituren acordó, con fecha 20 de marzo de 2012, la suspensión de licencias de parcelación, edificación y demolición en el ámbito del Área... del Plan Municipal de Ituren, parcela ... del polígono ... y parte de las parcelas,

... y ... del polígono... de Ituren. Contra dicho acuerdo la mercantil reclamante interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por Resolución del Tribunal Administrativo de Navarra de 10 de agosto de 2012, número 4738.

El Pleno del Ayuntamiento de Ituren acordó, con fecha 20 de marzo de 2012, requerir al Gobierno de Navarra la nulidad de la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda, por la que se aprobaba definitivamente el Plan Municipal de Ituren. Esta petición fue desestimada por el Gobierno de Navarra en su Acuerdo de fecha 4 de julio de 2012.

El Ayuntamiento de Ituren presentó recurso contencioso-administrativo en el que demandó al Departamento de Fomento y Vivienda Gobierno de Navarra y, entre otros, a..., y que culminó con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de diciembre de 2013, número 1047/2013, mediante la que se anuló la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda del Gobierno de Navarra, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de Ituren. En la sentencia se analizan dos cuestiones: *“si se da la identidad de contenido entre los dos instrumentos de Planeamiento, NNSS y PGM, y si, pese a ello, hay algún motivo para mantener la conformidad a derecho del segundo”*. En este sentido se dice en la sentencia que:

“La primera exigiría, en principio el contraste detenido entre el contenido de unas y otro. Pero, aunque no realizado por las partes, ha de tenerse por hecho probado toda vez que es expresamente admitido por el demandado en su escrito de contestación a la demanda en el que señala que "El nuevo Plan General Municipal, aprobado definitivamente por Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, contiene prácticamente las mismas determinaciones para las parcelas más arriba reseñadas" afirmación referida a las NNSS y a las parcelas..., ..., y... del polígono..., Paraje... Ergo...

En cuanto a la segunda cuestión, el demandado sostiene que la incidencia de la Sentencia 490/2011 en el PGM fue objeto de análisis en el informe emitido por el Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo el 18 de noviembre de 2011 del que se concluye que los motivos que fundamentaron la estimación del recurso resuelto por la

Sentencia 490/2011, han sido superados y corregidos en la actuación (sic) redacción del PGM definitivamente aprobado.

Poca virtualidad puede darse a tal argumentación si se parte de la conclusión sentada anteriormente: que el contenido es el mismo, y que entre la fecha de la sentencia y la de aprobación definitiva del Plan no ha habido otra actuación que la elaboración y emisión de ese informe al que acabamos de referirnos. Una de dos, o el contenido no es el mismo o no se han corregido los motivos determinantes de la anulación, tesitura en la cual es forzoso optar por la segunda alternativa dado el carácter objetivo (y constatado) de la primera. Así que, con el demandante, hemos de convenir en que lo que realmente hace el Informe en cuestión es discrepar con la fundamentación de la sentencia, no, desde luego, explicar las actuaciones y/o modificaciones que, respecto a las NNSS, se dice haber efectuado en el P.G., que es lo que se debería haber hecho”.

Y se concluye que: “El recurso, por tanto, debe ser estimado. Pero por la razón aquí expuesta que no es otra que la silogística: si el contenido NNSS-PGM es el mismo para la UE citada y era contrario al ordenamiento en unas, también lo será en el otro. No por la esgrimida en la demanda respecto a una intencionada voluntad de eludir la ejecución de la sentencia que no apreciamos en el caso y que debió ser alegada por el cauce previsto en el art. 103.5 L.J.”

Estos datos, según la mercantil reclamante, acreditan que ha existido una *“solución de continuidad en la actividad administrativa para aprobar y otorgar eficacia a los contenidos y parámetros urbanísticos pactados en el Convenio Urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Ituren y la mercantil..., con fecha 12 de febrero de 2008”*, y que este estado de cumplimiento del mismo ha sido modificado, no respetado y truncado, *“por las sucesivas decisiones de la nueva corporación municipal”*. Como consecuencia de todos estos hechos entiende que se le ha producido una directa, individualizada y económicamente valorable lesión sobre su patrimonio que debe ser indemnizada.

En cuanto a los fundamentos jurídicos en los que basa sus pretensiones, entiende que concurren los requisitos de los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

En justificación de su petición principal, relativa al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del convenio urbanístico,

reseña, con invocación de diversa jurisprudencia, la aplicación al caso de la doctrina que reconoce el carácter contractual de los convenios urbanísticos y la aplicación al supuesto de “las normas relativas al cumplimiento de los contratos y las consecuencias de su incumplimiento, artículo 1101 Código civil y siguientes” (STS 561/2011, de 21 de febrero de 2011), abundando en el principio de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, los conceptos de daño emergente y lucro cesante, y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones concertadas por el Ayuntamiento de Ituren.

Deduca como petición subsidiaria el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la anulación del planeamiento municipal debido a resoluciones judiciales, alegando la aplicación al caso del derecho indemnizatorio que se prevé en el artículo 35.d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio) (en adelante, TRLS), el carácter objetivo de la responsabilidad derivada de la nulidad de los planes urbanísticos, y la doctrina sobre la indemnidad por la patrimonialización de la edificabilidad.

Se invocan también los artículos 142.4 de la LRJ-PAC y 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, señalando que la interpretación de estos preceptos por parte del Tribunal Supremo sitúan el día de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción por responsabilidad patrimonial en la notificación al interesado de la sentencia firme que anuló el acto o disposición administrativa (SSTS de 17 de marzo de 2003, 19 de octubre de 2006 y 21 de octubre de 2009). Ésta sería, según la mercantil, el 17 de enero de 2014, fecha de la notificación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de diciembre de 2013, número 1047/2013.

Por último, se solicita al Ayuntamiento:

a) La resolución del Convenio Urbanístico suscrito entre el citado Ayuntamiento y la... de fecha 12 de febrero de 2008, por el incumplimiento de los pactos y obligaciones concertados en dicho convenio.

b) Como petición principal primera, una indemnización por incumplimiento de la actuación concertada y las obligaciones asumidas, que se cuantifica, por daño emergente y lucro cesante, en 930.789,62 €, y principal subsidiaria, por daño emergente, en 811.441,41€.

c) Subsidiariamente, para el caso de desestimación de la petición de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de las obligaciones del convenio, una indemnización de 811.441,41€ por la anulación del Plan General Municipal de Ituren por las resoluciones judiciales en virtud de los gastos asumidos y la pérdida o menoscabo del valor de los suelos adquiridos.

B) Iniciación del procedimiento

Por Decreto de la Alcaldía de Ituren de 13 de abril de 2015, se acuerda la incoación del expediente de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Convenio Urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento y..., e inicio del procedimiento. Se nombra instructor al Secretario del Ayuntamiento, se notifica a don... que dispone del plazo de ocho días para la recusación del Instructor; y se da traslado de la Resolución al Departamento de Fomento del Gobierno de Navarra, otorgándole un plazo de quince días para que comparezca y alegue cuanto estime procedente. También se solicita a la letrada del Ayuntamiento la emisión, en el plazo de diez días, de un informe jurídico sobre la reclamación presentada.

Con fecha de 14 de mayo de 2015, la Alcaldesa de Ituren resuelve archivar el procedimiento y dar traslado de la resolución a don... y al Departamento de Fomento del Gobierno de Navarra, en atención a la comunicación de la representación letrada de la mercantil "...", en la que se señala que la solicitud de su reclamación se basa en dos motivos: el incumplimiento del convenio urbanístico y la anulación del Plan General Municipal de Ituren.

Por Decreto de la Alcaldía de Ituren de 13 de abril de 2015 se dicta nueva resolución de inicio del procedimiento, según la petición cursada, requiriéndose nuevo informe jurídico.

Con fecha 20 de mayo y 20 de julio de 2015, se emiten los informes jurídicos, resaltando el íter de los acontecimientos:

- El 12 de febrero de 2008 el Ayuntamiento de Ituren y la mercantil “...” formalizaron un Convenio Urbanístico para la modificación puntual de las actuales NNSS en la parcela... del polígono... y parte de las parcelas...,...,... y... del polígono... de Ituren, paraje... (...). Dicho Convenio quedó supeditado a la aprobación definitiva del expediente de modificación por parte del Departamento de Ordenación del Territorio, tal y como consta en el acuerdo séptimo del convenio.

- Mediante Orden Foral 377/2008, de 18 de diciembre, del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio, se aprobó definitivamente el expediente de modificación de esas NNSS en la parcela... del polígono... y parte de las parcelas...,...,... y... del polígono... de Ituren, paraje... (...).

- El 15 de febrero de 2011 el Ayuntamiento aprobó inicialmente el Plan General Municipal y en fecha de 17 de mayo de 2011 se procedió a su aprobación provisional.

- El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con fecha 28 de octubre de 2011, dictó la Sentencia número 490/2011, por la que se resolvió el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra la Orden Foral 377/2008, de 18 de diciembre, declarando su anulación por ser contraria al Ordenamiento; resolución que se decretó firme el 24 de noviembre de 2011.

- El 24 de noviembre de 2011, mediante Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (página 175 del expediente), se exige al Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio *“que lleve a puro y debido cumplimiento lo mandado”* en Sentencia 490/2011.

- Mediante Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda, se acuerda la aprobación definitiva del Plan Municipal de Ituren. Esta aprobación definitiva por Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda, en la que se acuerda la

aprobación definitiva del Plan Municipal de Ituren contiene las mismas determinaciones que las del expediente de modificación recogidas en la Orden Foral 377/08, por la que se aprobó definitivamente el expediente de modificación de esas NNSS en la parcela... del polígono... y parte de las parcelas...,...,... y... del polígono... de Ituren, paraje... (...); Orden Foral anulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sentencia 490/2011.

- En febrero de 2012, el Ayuntamiento de Ituren realizó requerimiento previo ante el Gobierno de Navarra, solicitando que se dejase sin efecto la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de Ituren, por ser nulo de pleno derecho, cuando menos en lo relativo a la parcela... del polígono... y parte de las parcelas...,...,... y ... del polígono... de Ituren, paraje... (...), al tratarse de una disposición contraria al ordenamiento jurídico.

- El 17 de mayo, tras no recibir contestación alguna al requerimiento, se interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda.

- En fecha 19 de diciembre de 2013 se dictó Sentencia 1047/2013, en la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento anulando la Orden Foral de 30 de noviembre. Dicha sentencia se declaró firme el 4 de febrero de 2014.

- En fecha 21 de enero de 2015 se interpuso por parte de la mercantil "...” reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el informe se dice que es de aplicación al caso el artículo 24.3 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante, LFOTU) que prevé que: *“El Ayuntamiento estará obligado a tramitar la aprobación o alteración del planeamiento a la que se haya comprometido, pero conservará la plenitud de su potestad de planeamiento por razones de interés público. Si, finalmente, no se aprobara definitivamente el cambio de planeamiento, el convenio se entenderá*

automáticamente resuelto.” Concluyéndose que el convenio se resolvió automáticamente, ya que la Sentencia 490/2011 anuló la Orden Foral 377/2008, de 18 de diciembre, mediante la que se aprobó definitivamente el expediente de modificación de las NNSS en la parcela... del polígono... y parte de las parcelas...,...,... y... del polígono... de Ituren.

Se sostiene como *dies a quo* para el inicio del plazo de interposición de la reclamación la fecha en la que quedó resuelto el contrato, fijada en el 24 de noviembre de 2011 por la declaración de firmeza de la sentencia 490/2011, que anuló la Orden Foral 377/2008, de 18 de diciembre. Y, en aplicación de los artículos 1902, 1968 y 1969 del Código civil, se estima que ha prescrito el plazo para interponer la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial demandada, que se considera finó el día 24 de noviembre de 2012.

En cuanto a la petición subsidiaria de indemnización por la anulación del Plan General Municipal, se invocan los artículos 70 y 71 de la LFOTU, apuntándose que si se considera que la anulación del Plan General Municipal ha generado un derecho a indemnización debe interponerse la reclamación ante el órgano causante del mismo, el Gobierno de Navarra.

El informe termina afirmado que la reclamación de responsabilidad patrimonial principal, interpuesta por la mercantil “...” debe “inadmitirse” por extemporánea; y la subsidiaria ha de ser “inadmitida” por haberse interpuesto contra administración incorrecta.

I.3ª. Trámite de audiencia, formulación de alegaciones y propuesta de resolución.

El instructor del expediente, por resolución de fecha 17 de enero de 2015, otorgó plazo al reclamante para que, en el plazo de diez días, formulara alegaciones y presentara la documentación que estimara pertinente.

La mercantil reclamante, “...”, por escrito de 26 de junio de 2015, presentó alegaciones en las que niega que el recurso sea extemporáneo, ni

que se haya dirigido ante administración incorrecta.

En cuanto a la primera cuestión, se dice que la acción de responsabilidad patrimonial se presentó no sólo contra el Convenio Urbanístico de 12 de febrero de 2008, sino contra toda la solución de continuidad de la actividad administrativa para aprobar y otorgar eficacia a los contenidos y parámetros urbanísticos pactados en el citado convenio; indicándose expresamente que el “Ayuntamiento no dio por resueltos los compromisos y obligaciones adoptados y concertados en el Convenio Urbanístico de 12 de febrero de 2008, pues continuó realizando toda una actividad administrativa con el único fin y objeto de hacer materializables y efectivos los indicados parámetros urbanísticos”.

Se afirma que la base de la responsabilidad nace con las actuaciones de la nueva corporación: el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ituren de fecha 20 de marzo de 2012, por el que se requiere al Gobierno de Navarra la anulación de la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda, que aprueba definitivamente el Plan Municipal de Ituren; y ulterior recurso contencioso-administrativo que culminó en la Sentencia de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, número 1047/2013, de 19 de diciembre de 2013, que anuló la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda del Gobierno de Navarra. Razón por la cual no cabría considerar extemporánea la acción de responsabilidad patrimonial interpuesta.

Esta argumentación se sustenta en la firmeza del Convenio Urbanístico de 12 de febrero de 2008; el hecho de que quedara supeditado a la “aprobación definitiva del expediente de modificación por parte del Departamento de Ordenación del Territorio”, producida por la Orden Foral 377/2008, de 18 de diciembre; la aplicación del artículo 24.3 de la LFOTU a los convenios de planeamiento que no se aprueben definitivamente; y la independencia de la legalidad del planeamiento respecto a la responsabilidad patrimonial.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, se alega el carácter solidario de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Ituren y el Gobierno de Navarra por anulación del Plan General Municipal, conforme a los artículos 35, d) del TRLS, 140 de la LRJ-PAC y 18 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP), dada la intervención del Ayuntamiento en la aprobación y anulación del Plan General Municipal.

Con fecha 18 agosto de 2015, el instructor del expediente emitió propuesta de resolución en la que, asumiendo los argumentos y razones aducidas en los informes jurídicos, propone: a) inadmitir, por extemporánea, la reclamación de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el Convenio Urbanístico de 12 de febrero de 2008; y b) inadmitir, por haberse interpuesto contra administración incorrecta, la reclamación subsidiaria de responsabilidad patrimonial por la anulación del Plan General Municipal de Ituren.

Asimismo, con suspensión del plazo para resolver el expediente, solicitó dictamen a este Consejo de Navarra.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Objeto del dictamen: su carácter no preceptivo

La presente consulta versa sobre el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado por el Decreto de 13 de mayo de 2015, de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Ituren, como consecuencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por la mercantil “...” por incumplimiento del convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento y la mercantil y, subsidiariamente, por la anulación del Plan General Municipal de Ituren.

Se trata, por tanto, de una solicitud de dictamen al Consejo de Navarra por parte del Ayuntamiento de Ituren en relación con un expediente sobre responsabilidad patrimonial que versa sobre dos peticiones, la principal relativa al incumplimiento del Convenio Urbanístico de 12 de febrero de

2008, firmado entre el Ayuntamiento de Ituren y la mercantil "..."; y la subsidiaria, relativa a la responsabilidad patrimonial del citado Ayuntamiento por la anulación del Plan General Municipal de Ituren. Ello motiva que las primeras precisiones que deban realizarse sean las relativas a la naturaleza de las relaciones jurídica obligacionales en las que se fundan la pretensión principal y la que efectivamente se pretende con la subsidiaria instadas por la mercantil recurrente "...".

Como el propio reclamante reconoce, la petición principal de responsabilidad se sustenta en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Ayuntamiento de Ituren con la mercantil "...", en virtud del Convenio Urbanístico firmado por la partes en fecha 12 de febrero de 2008. En relación con este instrumento de acción urbanística cabe recordar, como ha señalado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de Sentencia de 13 de junio de 2011, recurso 3722/2009, que:

"Los convenios urbanísticos tienen naturaleza contractual, como ya ha tenido ocasión de afirmar esta Sala. La sentencia de 19 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3657) (casación 3679/06, FJ 5º) explica que no traspasan sus propios límites contractuales, de manera que sólo los instrumentos de ordenación tienen carácter normativo, cuyos actos de ejecución y desarrollo son los que obligan a terceros. En la sentencia de 28 de mayo del 2010 (RJ 2010, 5433) (casación 2679/06, FJ 4º) hemos concluido que los convenios, en tanto que instrumentos de acción concertada pueden ser de utilidad para llevar a cabo una actuación urbanística eficaz, conseguir objetivos concretos y ejecutar de forma efectiva actuaciones beneficiosas para el interés general. Ahora bien, ello no significa, según se razona en la misma sentencia, que puedan determinar o condicionar el ejercicio de competencias de las que la Administración no puede disponer por vía contractual o paccionada. En fin, más recientemente [sentencia de 18 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1228) (casación 1246/07 FJ 3º)], se ha indicado que los convenios urbanísticos, aun cuando pueden tener por objeto la preparación de una modificación del planeamiento en vigor, como tales convenios no constituyen disposiciones de carácter general, naturaleza que, por el contrario, si reúne la normativa de planeamiento que pueda derivarse de lo acordado en un convenio".

Esa misma naturaleza contractual viene reconocida y afirmada por el reclamante en su demanda ante el Ayuntamiento de Ituren, de fecha 17 de enero de 2015, y se admite en los Decretos de la Alcaldía de Ituren de 13 de abril y 14 de mayo de 2015, en los que se acuerda iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial “por incumplimiento del convenio urbanístico”.

En definitiva, nos encontramos, como señalamos en nuestros Dictámenes 46/2012, de 27 de diciembre, 25/2013, de 22 de julio, y 28/2015, de 7 de septiembre, ante el supuesto de un pretendido incumplimiento obligacional que derivaría, en su caso, en una responsabilidad de naturaleza contractual y no extracontractual. Cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que: “la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar, mientras que, la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento –por una de las partes contratantes– de un deber estipulado en el contrato” (entre otras, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999; 7 de diciembre de 1999; 25 de septiembre de 2000). En nuestro caso, tal incumplimiento se concreta, a juicio de la reclamante, en la vulneración por el Ayuntamiento de Ituren de los compromisos y obligaciones asumidas por éste en el Convenio Urbanístico firmado con la mercantil de fecha 12 de febrero de 2008.

Partiendo de la anterior conclusión, procede valorar si la petición principal deducida, respecto de la que no se discute su naturaleza contractual, constituye un asunto que deba ser consultado preceptivamente a este Consejo y sobre el que éste se tenga que pronunciar.

Como indicamos en nuestros ya citados Dictámenes 46/2012, de 27 de diciembre, 25/2013, de 22 de julio, y 28/2015, de 7 de septiembre, el artículo 16.1, letra i), primer guión, de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente en los: *Expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija*

preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo, que se refieran, entre otras, a las siguientes materias: Reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros". Este precepto, dada su conexión con el artículo 142.3 de la LRJ-PAC, hay que entenderlo referido a los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter extracontractual, y no propiamente a los que pretendan la liquidación de una responsabilidad contractual. Por ello, dado que el asunto examinado versa sobre una reclamación de responsabilidad de naturaleza asimilada a la contractual y no a la extracontractual, esta norma no resulta de aplicación.

Tampoco la cuestión considerada puede encuadrarse en los otros supuestos que son de consulta preceptiva a este Consejo, ya que no encaja en los demás asuntos previstos en el citado artículo 16.1.i) de la LFCN, ni en la cláusula de cierre de la letra j) del mismo artículo. No se advierte precepto alguno que demande este trámite consultivo, pues ni la LRJ-PAC ni la propia Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, señalan nada a este respecto; y su silencio no permite una interpretación que concluya la necesaria intervención del Consejo de Navarra en este ámbito.

De todo ello resulta que respecto de la reclamación principal, la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del convenio urbanístico, no se está ante un supuesto de dictamen preceptivo de este Consejo, por lo que no procede pronunciarse sobre ello.

En cuanto a la consulta sobre la petición subsidiaria, se advierte que su "contenido material" y las "bases fácticas" son las mismas que soportan la procedibilidad de la pretensión principal por incumplimiento y depuración de la "responsabilidad convencional" por la posible vulneración del Convenio Urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Ituren y la mercantil reclamante, aunque se envuelva bajo la invocación formal de los artículo 35.d) del TRLS y los artículos 139 y siguientes LRJ-PAC.

No obstante, en atención a la invocada existencia de una responsabilidad patrimonial extracontractual, se procederá a examinar la posible aplicación al caso de los artículos 139 y siguientes LRJ-PAC y las

previsiones del artículo 35.d) del TRLS, que disponen el “derecho de indemnización” por “la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades”, y que queda excluida en caso de “dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado”.

El artículo 16.1.i) de la LFCN establece el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en relación con los expedientes administrativos tramitados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en los que la ley exija el dictamen de un órgano consultivo, que se refieran, entre otras, a “reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a veinte millones de pesetas” (120.202,42 euros).

Como se ha señalado en anteriores dictámenes 41/2013, de 18 de noviembre, y 16/2004, de 11 de junio, desde la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), y como consecuencia de lo establecido en su disposición final cuadragésima, el artículo 142.3 de la LRJ-PAC establece que “en el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”, debiendo precisarse que el procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial al que se refiere el precepto incluye, a la vista del apartado 2 del mismo artículo 142, a la Administración del Estado, a la de las Comunidades Autónomas y a las “Entidades que integran la Administración Local”, razón por la cual no ofrece duda la aplicación a esta Administración de la previsión contenida en el apartado 3. En otras palabras, desde la modificación del mencionado artículo 142.3 de la LRJ-PAC resulta preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra también en los expedientes de responsabilidad patrimonial correspondientes a la Administración Local, en virtud de lo dispuesto por el artículo 16.1.j) de la LFCN.

En cuanto a la cuantía a partir de la cual resulta preceptivo el dictamen y, dada la remisión realizada por el reseñado artículo 142.3 de la LRJ-PAC a la cuantía “que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”,

a juicio de este Consejo ha de aplicarse la cuantía de veinte millones de pesetas, equivalentes a 120.202,42 euros, por cuanto que es la expresamente fijada en la legislación foral, debiendo ser aplicada también en el ámbito de la Administración Local.

Hay que recordar, además, que el RPRP dispone en su artículo 12.1 que, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se recabe el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, remitiéndole todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución. El apartado 2 de dicho precepto reglamentario añade que “se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El dictamen se emitirá en un plazo máximo de dos meses”.

Por tanto, este Consejo emite dictamen preceptivo sobre esta segunda cuestión de la consulta al versar sobre una reclamación de indemnización por daños y perjuicios, de cuantía superior a 120.202,42 euros, que se liga a una pretensión de responsabilidad extracontractual.

II.2ª. Sobre la tramitación del procedimiento

El procedimiento de responsabilidad patrimonial ha de tramitarse de acuerdo con las reglas fijadas al efecto en la LRJ-PAC y en el RPRP. Así ha ocurrido en el presente caso. El expediente se inició a solicitud de la mercantil interesada y conforme a las demandas cursadas. Éstas fueron analizadas por el servicio jurídico que propuso motivadamente su desestimación. Se dio traslado a la reclamante, concediéndole un plazo de diez días para consultar la documentación del expediente, formular alegaciones, y presentar los documentos y las oportunas justificaciones; habiendo aquélla presentado el correspondiente escrito. También se ha efectuado la pertinente propuesta de resolución por parte del instructor y solicitado el dictamen del Consejo de Navarra.

A la vista de todo ello puede considerarse que se ha dado cumplimiento a las previsiones normativas reseñadas, por lo que la tramitación del procedimiento se estima adecuada.

II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración: regulación y requisitos

Como hemos repetido en dictámenes anteriores, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución de garantía de los ciudadanos prevista en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE). Su regulación se contiene en los artículos 139 a 144 (Capítulo I del Título X) de la LRJ-PAC, que ha sido parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en el RPRP.

El punto de partida lo constituye el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2). Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 de la LRJ-PAC). La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 de la LRJ-PAC). El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 de la LRJ-PAC).

Con carácter general, la STS de 23 de octubre de 2007, recogiendo una reiterada doctrina, señala que:

"Es sabido que la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución de 1978, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta".

Tampoco cabe olvidar que, en relación con dicha responsabilidad patrimonial, es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, debiendo identificarse el servicio público a los fines del artículo 106.2 de la Constitución con toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo (SSTS de 18 de abril y 12 de julio de 2007).

No obstante, como viene recordando este Consejo (entre otros, dictámenes 34/2000, de 9 de octubre, 58/2001, de 30 de octubre y 57/2003 de 6 de octubre), y señalado la jurisprudencia ese sistema de responsabilidad objetiva no convierte a las Administraciones Públicas “en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario (...) se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1999).

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (STS de 10 de octubre de 2007), debiendo entenderse por daño efectivo el daño cierto ya producido, no simplemente posible, contingente o futuro, lo que no excluye que, en algún caso, deba indemnizarse también el daño que habrá de ocurrir en el porvenir pero cuya producción sea indudable y necesaria por la certeza de su acontecimiento en el tiempo (STS de 14 de junio de 2007), recordando la STS de 16 de octubre de 2007 que, para que el daño sea indemnizable ha de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo sobre derechos o intereses legítimos - SS.17-12-1981-, evaluable económicamente, cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla pueden materializarse también en ejecución de sentencia -SS. 13-11-1981 y 14-4-1981- e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, daño producido por la actividad de la Administración en relación de causa a efecto, pesando sobre el perjudicado la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar, añadiendo que en cuanto al lucro cesante la jurisprudencia viene exigiendo la certeza del mismo, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rendimiento, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya

materialización no resulte contrastada y constituya una mera eventualidad, pues, como señala la sentencia de 18 de octubre de 1993 como ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada, según ha declarado la Jurisprudencia de este Tribunal, entre otras, en sentencia de la Sala Tercera -Sección Tercera- de fecha 20-2-1989. En el mismo sentido se expresa la sentencia de 28 de enero de 1999 que además precisa que se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, y que, como también señala la sentencia de 3 de febrero de 1989, es necesaria la prueba que determine la certeza del lucro cesante.

En este sentido, la STS de 25 de mayo de 1999 declara que: "el concepto de lucro cesante comprende las siguientes notas que delimitan su ámbito de aplicación:

a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así, en sentencia de 15 de octubre de 1986) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes (...).

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización (...).

c) Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia, entre otras, de 3 de febrero de 1989) es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia

de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de octubre de 1986, entre otras), ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios".

A ello se une que, en el ámbito urbanístico, como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 mayo 2013, número 5562/2009: «el derecho a una indemnización no nace de la mera aprobación del planeamiento, sino que requiere la concurrencia de otros presupuestos. En palabras de las Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987 y 27 de marzo de 1991 “En principio el derecho sólo se patrimonializa cuando el propietario ha cumplido sus deberes y ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio; sólo cuando un Plan ha llegado a la fase final de realización se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos y por ello la alteración del Plan implica lesión y crea indemnización”».

Desde estos parámetros procede examinar la parte de la consulta que es objeto de dictamen.

II.4ª. Desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial por anulación de la Plan General Municipal

A) Reclamación ante el Ayuntamiento de Ituren.

La Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo disponía, en cuanto a la tramitación del Plan General Municipal de los Municipios con población igual o inferior a mil habitantes que: “la tramitación se iniciará directamente mediante la aprobación inicial del Plan por el Ayuntamiento”, y “establecerá de forma escrita y gráfica, y documentalmente separada, la Estrategia y Modelo de Ocupación Territorial que orientara el conjunto de determinaciones urbanísticas del Plan” (artículo 71.1 de LFORTU); y “aprobado provisionalmente el Plan, se remitirá el expediente completo al Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio para su aprobación definitiva” (artículo 71.10 LFORTU). Entiende el Ayuntamiento, en atención a estas previsiones, que la reclamación por

anulación del Plan General Municipal debe ser "inadmitida" al haberse interpuesto contra administración incorrecta. Tal apreciación se rechaza por la mercantil reclamante que argumenta el carácter solidario de la responsabilidad que comparten en el proceso de planeamiento urbanístico el Ayuntamiento de Ituren, como proponente e iniciador del Plan General Municipal, y el Gobierno de Navarra como órgano fiscalizador de su legalidad, que lo aprueba definitivamente.

Señala el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su sentencia de 10 mayo 2012, en un supuesto parecido al que nos ocupa que:

"El principio de solidaridad entre las Administraciones públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la sentencia de 15 de noviembre de 1993, de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas "colegiadas" de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquéllas (v. gr., sentencia de 13 de febrero de 1997, recurso número 14259/1991).

Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos se impone atribuir legitimación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño (v. gr., sentencia de 15 de noviembre de 1993)".

Tales criterios resultan de aplicación al ámbito del planeamiento urbanístico, como se reconoció en la precitada sentencia. No se alteran las reglas de imputabilidad por la responsabilidad patrimonial por el mero hecho de que concurran en el proceso de planificación urbanística distintas administraciones, entidades locales y órganos autonómicos, debiéndose valorar el grado de participación e interés que ostentan unas y otros en el citado proceso. El hecho de que la aprobación definitiva de la planificación urbanística municipal recaiga sobre el órgano autonómico no conlleva por sí que la primera quede excluida de la responsabilidad patrimonial y la segunda deba asumirla necesariamente, cuando su participación se ha limitado a la aprobación definitiva pura y simple del documento elevado con carácter provisional por el municipio. Hay que valorar a instancias de quién se desarrolla el proceso y quién resulta beneficiado con el mismo.

En el presente caso se comprueba que el plan urbanístico se ha desarrollado a iniciativa exclusiva del municipio redactor, en uso de su competencia urbanística municipal, y para la satisfacción de un interés de naturaleza local. Por tanto, no parece posible que el Ayuntamiento de Ituren pueda escudarse en la competencia de fiscalización legal que compete al Gobierno de Navarra para inadmitir la reclamación de responsabilidad patrimonial; ni plantear que tal responsabilidad, en su caso, le corresponde en exclusiva a dicha administración. Por el contrario, conforme a los hechos acaecidos y la doctrina jurisprudencial reseñada, que excluye el carácter solidario cuando se acredita el protagonismo e interés predominante de las administraciones concurrentes, cabe afirmar que la imputabilidad de la responsabilidad patrimonial por el proceso de planeamiento municipal ha de centrarse en esta Administración Local. En atención a ello, este Consejo considera que la reclamación subsidiaria por anulación del Plan General Municipal, instada por “...” ante el Ayuntamiento de Ituren, no se ha interpuesto contra administración incorrecta.

B) Carencia de responsabilidad patrimonial por la anulación del Plan General Municipal de Ituren

En relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de diciembre de 2013, número 1027/2013, que anuló la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, del Consejero de Fomento y Vivienda del Gobierno de Navarra, por la que se aprobó el Plan Municipal de Ituren, tenemos que indicar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando que “siendo cierto que toda denegación administrativa de una petición ocasiona siempre alguna clase de perjuicio al solicitante, este perjuicio no puede imputarse a la responsabilidad de la Administración por la sola razón de que la jurisdicción contenciosa anule el acto administrativo al estimar que los fundamentos jurídicos que los sostienen no son los legalmente correctos, pues es inaceptable negar a la administración el derecho a resolver según los criterios que siendo opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del derecho, considere son los más adecuados a la legalidad vigente e imputarle responsabilidad cuando dichos criterios no prosperasen en la revisión judicial” (STS de 25 de junio de 1990).

Más recientemente, la STS de 25 de mayo de 2004, recurso de casación 2204/2000, señaló que: “Es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala, sustentada, entre otras, en las sentencias de veintiocho de junio de mil novecientos noventa y nueve, seis de octubre de dos mil uno, dieciocho de octubre de dos mil dos y dieciocho de febrero de dos mil tres, que la mera anulación de una resolución administrativa –tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional– per se no comporta la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ésta se origina, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 139.2 de la mencionada Ley 30/1992, es decir, daño efectivo, individualizado, evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar administrativo y el resultado dañoso, y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo, ya que no cabe interpretar el citado artículo 139.2 con tesis maximalistas de uno u otro sentido, como si se dijera que la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede

afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma.

Dentro y en la línea de esta doctrina jurisprudencial, preciso es que resaltemos, a fin de enjuiciar el caso que aquí examinamos, la pionera sentencia dictada por nuestra Sala y Sección en el recurso de casación número 2034/1993, de fecha cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, en la que en recta y coherente interpretación del artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 –hoy artículo 139.2–, señaló que la obligación de indemnizar no es una consecuencia obligada de la simple anulación de una resolución administrativa, ya que «en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que pueden existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución, pues en estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, deberá entenderse que no podría hablarse de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que le otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos, pues, ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo».

Por otra parte la STS de 3 de septiembre de 2015, recurso de casación 3408/2014, precisa que “el primer requisito, la existencia de un daño como una consolidada doctrina jurisprudencial ha perfilado, requiere la existencia de una lesión resarcible; lesión resarcible que constituye un concepto técnico-jurídico no equivalente al de daño económico o simple detrimento patrimonial. La lesión resarcible se produce cuando el daño patrimonial existente es objetivamente antijurídico. No es, por ello, el aspecto subjetivo de una actuación antijurídica de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad

del perjuicio en el sentido de que los administrados no estén obligados a soportarlos”.

En el caso analizado, y desde la óptica de la responsabilidad extracontractual derivada de la anulación judicial de la ordenación del Plan Municipal, única en la que este Consejo de Navarra puede dictaminar, no se aprecian elementos que puedan llevar a considerar que la actuación del Ayuntamiento de Ituren en la elaboración y aprobación del Plan Municipal y, concretamente, en el establecimiento de la ordenación urbanística de la UE... haya sido arbitraria, ilógica o fuera de cualquier razón, por lo que su anulación judicial no puede considerarse como lesión antijurídica, ni considerar el hipotético daño económico de la mercantil “...” como lesión resarcible.

En realidad, esta reclamación por su “contenido material” y “bases fácticas” persigue depurar la “responsabilidad convencional” por incumplimiento del Convenio Urbanístico, suscrito entre el Ayuntamiento de Ituren y la mercantil reclamante.

Así, aunque la petición se ha envuelto bajo la invocación formal de los artículos 35. d) del TRLS y los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y etiquetado como responsabilidad patrimonial por anulación del Plan General Municipal de Ituren, las razones materiales y las pretensiones efectivamente alegadas en la reclamación son sustancialmente iguales a las planteadas como demanda de liquidación de la responsabilidad por “incumplimiento del convenio”, deducida en la petición principal-subsidiaria.

A este respecto basta repasar los argumentos que invoca la representación letrada de la reclamante para intentar encajar el supuesto de hecho y los posibles daños sufridos en el artículo 35.d) del TRLS.

Se dice en el escrito que concurre el primer presupuesto del artículo 35.d) del TRLS, relativo a la responsabilidad patrimonial por “la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades”, porque “la mercantil... ha actuado en todo momento bajo la legítima creencia tanto de que el Ayuntamiento cumpliría con las obligaciones concertadas en el

Convenio Urbanístico de 12 de febrero de 2008 y en la solución de continuidad administrativa constante que objetivamente el Ayuntamiento produjo, como de los instrumentos de planeamiento sucesivamente aprobados, y los de gestión y ejecución, revestían total carácter de legalidad, y que por tanto sus actuaciones estaban amparadas por el ordenamiento jurídico y la legalidad”. Señalando que “la mercantil... ha cumplido plenamente las obligaciones que le correspondían en base al Convenio Urbanístico suscrito en fecha 12 de febrero de 2008, habiendo abonado los costes de redacción del expediente de la modificación puntual de las anteriores NNS de Ituren y del proyecto de reparcelación correspondiente, habiendo procedido a realizar e inscribir en el Registro de la Propiedad las cesiones pactadas al Ayuntamiento de Ituren de una parcela de 2.017 m² con destino a equipamiento público escolar (escuela pública), de una parcela de 1.931 m² con destino a zona verde pública, de las superficies de varios públicos nueva creación de 2.483 m² y de cesión al Gobierno de Navarra de una parcela de 117 m² en concepto de dotación supramunicipal con destino a Banco Foral de suelo”. A ello añade que “se ha procedido a encargar el Proyecto de Urbanización del ámbito de UE... de Ituren y a ejecutar la urbanización hasta que el Ayuntamiento de Ituren se lo ha permitido, en concreto hasta que el Ayuntamiento aprobó la suspensión de licencias de parcelación, edificación y demolición en el ámbito Área... del Plan Municipal de Ituren, parcela... del polígono... y parte de las parcelas ...,...,... y ... del polígono... de Ituren, por medio del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ituren, de fecha 20 de marzo de 2012”.

Conforme a esta argumentación sería de aplicación el artículo 35.d) del TRLS debido a que la mercantil ha realizado la actuación urbanística en la confianza del cumplimiento por el Ayuntamiento de Ituren del Convenio Urbanístico de fecha 12 de febrero de 2008, habiendo satisfecho por su parte las obligaciones convencionales comprometidas en dicho convenio, siendo tales actuaciones un reflejo de ello. La alegación de que la mercantil satisfizo esas obligaciones que, según se comprueba por el texto del convenio se encuentran expresamente recogidas en los acuerdos primero, quinto y sexto, “hasta que el Ayuntamiento de Ituren se lo ha permitido”,

refuerza esa idea que trasluce que el Ayuntamiento cumplió hasta que varió de criterio en cuanto a la observancia del convenio.

En suma, como no podría de ser de otra manera, pues la situación fáctica no se puede fraccionar, se sostiene por la mercantil reclamante la responsabilidad patrimonial del artículo 35.d) TRLS por su cumplimiento de las obligaciones urbanísticas que se habían recogido en el convenio y la imposibilidad de seguir con el desarrollo urbanístico al instar el Ayuntamiento de Ituren la anulación de la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, decretada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 19 de diciembre de 2013. La causa material de imputación de la responsabilidad patrimonial que se asigna al Ayuntamiento de Ituren, respecto al artículo 35.d) del TRLS, se vincula al dato, por otra parte ineludible, de la existencia de un convenio no satisfecho; siendo los gastos reseñados los que entiende correspondientes al cumplimiento por su parte de los acuerdos expresamente detallados en los apartados primero, quinto y sexto del texto de ese acuerdo convencional.

La representación letrada de la mercantil no plantea en esta petición subsidiaria la simple reclamación patrimonial por una “actividad urbanística autorizada” cuyo título habilitante se anula por el Ayuntamiento de Ituren, supuesto propio del artículo 35.d) del TRLS, sino por una actuación urbanística desarrollada en cumplimiento de un “convenio urbanístico”, título base habilitante para esta actuación que no ha sido objeto de anulación y en el que sustenta la reparación de su aprovechamiento urbanístico. Pretende que las bases fácticas y posibles daños, propiamente convencionales o contractuales, encajen y justifiquen una responsabilidad extracontractual de la Administración al margen de la estricta órbita de lo convenido. De hecho, la reclamante nada alega en cuanto al posible perjuicio por la suspensión de la licencia de urbanización acordada por el Pleno de Ayuntamiento de fecha 20 de marzo de 2012, firme por Resolución del Tribunal Administrativo de Navarra de fecha 10 de agosto de 2012 y definitiva por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 19 de diciembre de 2013, situación que sería la propia de la responsabilidad patrimonial del artículo 35.d) del TRLS, a pesar de que con ello quedara limitado y pudiera lesionarse su derecho

urbanístico. Es más, excluye esa hipótesis al afirmar que “la suspensión acordada por medio del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ituren, de fecha 20 de marzo de 2012, en el ámbito Área... del Plan Municipal de Ituren, publicada en el BON nº 66, fecha 4 de abril de 2012, no se destinó a modificar su ordenación”.

Resulta aún más evidente que la pretensión que se plantea por esta vía es la de la liquidación de la relación convencional urbanística existente entre las partes, y no la extracontractual propia que derivaría del artículo 35.d) del TRLS, cuando define las lesiones y conceptos indemnizables que entiende exigibles bajo esta norma. Éstos son los mismos que ha deducido en su petición principal-subsidiaria por “incumplimiento del convenio” y los justifica de igual manera; cuestiones que resultan especialmente significativas sobre todo cuando se tiene presente que, para que proceda la reparación conforme al artículo 35.d) del TRLS, es preciso que se haya patrimonializado el aprovechamiento urbanístico (artículo 7.2 de la TRLS); lo que supone que los derechos deben encontrarse consolidados materialmente y, como ha notado reiteradamente el Tribunal Supremo, que el plan de urbanización haya llegado a “la fase final de realización” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 8 de mayo de 2013).

En el escrito de reclamación se considera que son un “daño emergente o efectivo: a) todos los gastos asumidos por la mercantil en el desarrollo, gestión y ejecución de las parcelas..... y... del polígono... de Ituren, que han devenido infructuosos e inútiles; b) la pérdida o menoscabo del valor de los suelos de las parcelas..... y... del polígono... de Ituren adquiridos en base a la actuación concertada con el Ayuntamiento, y del valor patrimonial del derecho a edificar que ya se encontraba patrimonializado por la mercantil“. La pretensión se plantea de esta forma a pesar de reconocerse que la aprobación del Plan Municipal de Ituren fue muy posterior a la realización de esos gastos que se corresponden con las actuaciones desarrolladas al amparo de la Orden Foral 377/2008, de 18 de diciembre, anulada mediante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de octubre de 2011, número 490/2011, porque el “Ayuntamiento

continuó en todo momento cumpliendo con las obligaciones de hacer materializables los parámetros pactados y concertados en el Convenio Urbanístico de 12 de febrero de 2008, presentando una clara e inequívoca solución de continuidad (...) mediante la promoción, tramitación y aprobación del nuevo Plan Municipal, y los instrumentos de gestión y ejecución de la modificación de las NNSS, con el mismo contenido que el de dicha modificación de las NNSS que posteriormente se anularía”.

Es también significativo que se incluyan, en concepto de daño emergente o efectivo, por haber devenido infructuosos e inútiles los gastos:

a) Los costes de adquisición de los suelos “por haber decidido su adquisición la mercantil... con sustento determinante en el previo Convenio Urbanístico de 12 de febrero de 2008”; honorarios de la Notaría, gestorías, impuestos, abono de intereses del préstamo. Iniciativa mercantil de adquisición de los terrenos que se liga a la existencia del convenio y que sin ese soporte constituiría un acto propio a riesgo y ventura del empresario.

b) Los costes de ordenación y gestión urbanística: gastos por redacción de la Modificación Puntual de las NNSS de Ituren, por Proyecto de Reparcelación, los derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las fincas resultantes de la reparcelación del ámbito... de Ituren y entrega al Ayuntamiento de las objeto de cesión; siendo todos éstos coincidentes con las prestaciones que se convinieron a cargo de la mercantil en los acuerdos segundo y quinto del Convenio de Urbanístico de 12 de febrero de 2008.

c) Los costes de ejecución de la urbanización de UE 1 de Ituren, que según certificado de fecha de 5 de enero de 2015 de don..., arquitecto colegiado, se corresponden con la ejecución de “un 12,50% del total de las obras previstas en el proyecto” y que “fueron ejecutadas en el periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2011”. Por tanto, la ejecución de la obra convenida hasta poco más de la aprobación de la Orden Foral 98/2011, de 30 de noviembre, y en una proporción que podría considerarse propia de la fase inicial y no final, a los efectos de lo reseñado por el Tribunal Supremo en cuanto a patrimonialización de los derechos urbanísticos (Sentencia del

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 8 de mayo de 2013).

d) Los costes de redacción del Anteproyecto de edificación de 30 de viviendas en el ámbito... de Ituren; anteproyecto que no llegó a plasmarse como proyecto.

A lo que se añade la solicitud, como daño emergente o efectivo, de “la pérdida o menoscabo del valor de los suelos de las parcelas...,...,... y... del polígono de... de Ituren adquiridos en base a la actuación concertada con el Ayuntamiento”. Tal petición supone reclamar el valor de esas parcelas como terrenos urbanos, habiendo sido su recalificación el objeto principal del compromiso adquirido por el Ayuntamiento mediante el Convenio Urbanístico, plasmado en su acuerdo primero y sustanciado en el encargo de promover “la modificación puntual de las actuales Normas Subsidiarias de parte de los terrenos actualmente calificados como no urbanizables”.

En definitiva, se advierte que más allá de la invocación genérica del artículo 35. d) del TRSL, los elementos fácticos y razones jurídicas que se aducen para fundamentar esta responsabilidad patrimonial y las pretensiones que se ligan a ella, por la anulación del Plan General Municipal en virtud de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de diciembre de 2013, sustentan la petición del carácter convencional o contractual de la responsabilidad que se deduce, ya que todas las pretensiones se soportan en el cumplimiento por la reclamante de las obligaciones del convenio hasta la fecha de la resolución judicial y la indemnización de los gastos o lesiones generados en su ejecución hasta diciembre de 2011.

No se ha prescindido en esta petición subsidiaria del hecho, por otra parte insoslayable, de que entre las partes mediaba un convenio urbanístico no anulado y que la actuación urbanística de “...” tenía como base el mismo; resultando muy complejo que se pueda considerar la pretendida yuxtaposición de responsabilidades.

A la vista de ello, este Consejo considera que la petición de responsabilidad patrimonial por anulación del Plan General de Municipal de Ituren no constituye una pretensión que pueda entenderse distinta, dados los hechos de fondo esgrimidos y las pretensiones aducidas, a la instada con carácter principal-subsidiario en cuanto a la existencia de una responsabilidad patrimonial derivada del “incumplimiento del convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Ituren y la...”.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que debe desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial por la anulación del Plan General Municipal instada por “...” contra el Ayuntamiento de Ituren.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.