Roj: **STS 3535/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:3535**

Id Cendoj: **28079130042011100339**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **01/06/2011**
Nº de Recurso: **777/2007**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **CELSA PICO LORENZO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil once.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **777/2007** interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Soberón García de Enterría en nombre y representación de D. Fernando , D. Marino y su esposa Dª Vanesa , D. Jose Luis y su esposa Dª Delfina , D. Aquilino y su esposa Dª Noemi , D. Fermín y su esposa Dª Ascension , D. Melchor y su esposa Dª Juana , D. Jose Miguel y su esposa Dª Yolanda , D. Baldomero y su esposa Dª Esperanza , D. Florian y su esposa Dª Raquel , D. Narciso y su esposa Dª Blanca , D. Carlos María y su esposa Dª Marina , D. Candido y su esposa Dª Amelia , D. Higinio y su esposa Dª Isidora , D. Rodolfo y su esposa Dª Marí Juana , Dª Erica , D. Pedro Francisco y su esposa Dª Rosa , D. Diego y su esposa Dª Casilda , D. José y su esposa Dª Modesta , Dª Antonia y D. Victoriano y su esposa Dª Lourdes contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso núm. 130/04 , seguido a instancias de D. Fernando y otros, contra la resolución del Ayuntamiento de Argoños de 18 de diciembre de 2003 que desestima la responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes interesando la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la sentencia de fecha 5 de julio de 2000 por la que se declaraba la nulidad de la licencia de obras otorgada por dicho Ayuntamiento para la construcción de las viviendas de su propiedad y se acordaba la demolición de las mismas. Han sido partes recurridas el Ayuntamiento de Argoños representado por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Argos Linares y el Gobierno de Cantabria representado por la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 130/04 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, se dictó sentencia con fecha 7 de noviembre de 2006 , que acuerda: "Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D. Fernando , D. Marino , Dª Vanesa , D. Jose Luis , Dª Delfina , D. Aquilino , Dª Noemi , D. Fermín , Dª Ascension , D. Melchor , Dª Juana , D. Jose Miguel , Dª Yolanda , D. Baldomero , Dª Esperanza , D. Florian , Dª Raquel , D. Narciso , Dª Blanca , D. Carlos María , Dª Marina , D. Candido , Dª Amelia , D. Higinio , Dª Isidora , D. Rodolfo , Dª Marí Juana , Dª Erica , D. Pedro Francisco , Dª Rosa , D. Diego , Dª Casilda , D. José , Dª Modesta , Dª Antonia , D. Victoriano y Dª Lourdes representados por el Procurador Sr. Revilla Martínez y defendidos por el Letrado Sr. Rodríguez Viadas contra el Gobierno de Cantabria y contra la Resolución del Ayuntamiento de Argoños de fecha 18 de diciembre de 2003 por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes interesando la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la Sentencia de esta Sala de fecha 5 de julio de 2000 por la que se declaraba la nulidad de la licencia de obras otorgada por dicho Ayuntamiento para la construcción de las viviendas de su propiedad y se acordaba la demolición de las mismas; y contra la desestimación presunta de la reclamación formulada en idéntico sentido por los recurrentes ante el Gobierno de Cantabria de fecha 19 de junio de 2003.

Que debemos condenar y condenamos solidariamente al Gobierno de Cantabria y al Ayuntamiento de Argoños a indemnizar a los recurrentes propietarios de vivienda con carácter de residencia habitual en la suma de 12000 euros; que igualmente debemos condenar a ambas Administraciones de forma solidaria a indemnizar a los recurrentes titulares de segunda vivienda en la suma de 9.000 euros; sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas, al no haber méritos para su imposición".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. Fernando y los más arriba reseñados se prepara recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 15 de febrero de 2007 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Argoños formaliza con fecha 8 de noviembre de 2007 escrito de oposición interesando la desestimación del recurso, con costas.

QUINTO.- La representación procesal del Gobierno de Cantabria formaliza con fecha 21 de noviembre de 2007 escrito de oposición interesando la desestimación del recurso, con costas.

SEXTO.- Por providencia de 31 de marzo de 2011 se señaló para votación y fallo el día 25 de mayo de 2011, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excma. Sra. Dª. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Fernando y otros interpone recurso de casación **777/2007** contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 7 de noviembre de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso núm. 130/04 , deducido a instancias de D. Fernando , D. Marino , Dª Vanesa , D. Jose Luis , Dª Delfina , D. Aquilino , Dª Noemi , D. Fermín , Dª Ascension , D. Melchor , Dª Juana , D. Jose Miguel , Dª Yolanda , D. Baldomero , Dª Esperanza , D. Florian , Dª Raquel , D. Narciso , Dª Blanca , D. Carlos María , Dª Marina , D. Candido , Dª Amelia , D. Higinio , Dª Isidora , D. Rodolfo , Dª Marí Juana , Dª Erica , D. Pedro Francisco , Dª Rosa , D. Diego , Dª Casilda , D. José , Dª Modesta , Dª Antonia D. Victoriano y Dª Lourdes contra la resolución del Ayuntamiento de Argoños de 18 de diciembre de 2003 que desestima la pretensión de responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes interesando la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la sentencia de fecha 5 de julio de 2000 por la que se declaraba la nulidad de la licencia de obras otorgada por dicho Ayuntamiento para la construcción de las viviendas de su propiedad y se acordaba la demolición de las mismas.

Resuelve la Sala estimar parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por los recurrentes condenando solidariamente al Gobierno de Cantabria y al Ayuntamiento de Argoños a indemnizar a los recurrentes propietarios de vivienda con carácter de residencia habitual en la suma de 12000 euros y en la suma de 9000 euros a los recurrentes titulares de segunda vivienda en la suma de 9.000 euros.

Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER fundamento mientras en el SEGUNDO refleja que la reclamación trae causa de la anulación por la propia Sala mediante sentencia de 5 de julio de 2000, devenida firme, en el recurso contencioso administrativo 1191/98 , de la licencia de obras otorgada por el Ayuntamiento de Argoños el 20 de junio de 1997 a ATC, Asociado de Transacciones para la construcción de viviendas adosadas en Las Llamas. Añade que "Íntimamente relacionado con la Sentencia antedicha se resolvieron por esta Sala en los recursos acumulados 1200/1998 y 1914/98 con fecha 22 de marzo de 2000 por la que se anulaba el Acuerdo municipal de fecha 4 de julio de 1997 por el que se aprobaba el Estudio de Detalle presentado por una mercantil distinta, a la sazón "SATEC S.L" sobre una parcela sita en Las Llamas, anulando igualmente la licencia de obras otorgada con fecha 17 de julio de 1997 para la construcción en dicha parcela de tres bloques de viviendas y dos chalets bifamiliares"

Adiciona en el TERCERO que parte de las viviendas se proyectaban sobre suelo rústico.

Dedica el CUARTO a analizar el art. 106.2 CE , el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local , el art. 139 de la LRJAPAC y el art. 142.4 LRJAPAC , sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

Ya en el QUINTO recalca que el art. 139.2 LRJAPAC exige la producción de un daño efectivo, mientras en el SEXTO analiza la pretensión de daño emergente invocada por los recurrentes (privación material vivienda, mobiliario de imposible traslado, daños morales).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En el SEPTIMO procede a reproducir lo dicho en la sentencia recaída en el recurso 1201/2001 respecto a la necesidad de que el daño para ser evaluable ha de ser efectivo lo que sólo tendrá lugar cuando se proceda a la demolición de los inmuebles.

En el OCTAVO hace especial mención a los daños morales que derivan de la zozobra psíquica por la pérdida de las viviendas, subrayando en el NOVENO *"la realidad del perjuicio moral que el daño material causado no es todavía efectivo sino que sólo se consumará y podrá apreciarse en su integridad en el momento de la efectiva demolición, en lo tocante a los daños morales no cabe llegar a la misma conclusión de inefectividad del año.*

Ello es así por cuanto que la zozobra, inquietud, inseguridad y amenaza cierta de la pérdida de sus viviendas que vienen sufriendo sus propietarios desde que se dicta la Sentencia de esta Sala en el año 5 de julio de 2002 y que se refuerza con la Sentencia firme del Tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 2002 declarando la inadmisibilidad del recurso de casación formulado contra aquélla, han supuesto un indudable sufrimiento moral para aquéllos, que ha permanecido a lo largo de todos estos años y que es susceptible de ser indemnizado a la fecha presente porque dichos daños morales estan ya consumados y forman parte del acervo moral de padecimiento psíquico de los afectados al haberse mantenido durante un prolongado lapso de tiempo que llega hasta la fecha de hoy.

Podría pensarse que la demolición física de las viviendas vendría a agravar y a hacer más intenso si cabe dicho sufrimiento psicológico, con lo que debiera demorarse su resarcimiento económico al momento en que aquélla se haga efectiva para tener por consumado y agotado el daño moral .

Frente a ello la Sala entiende que si optamos por dicha solución y partiendo del hipotético supuesto de que el derribo de las viviendas no llegue finalmente a materializarse llegaríamos a la perversa consecuencia de que podrían quedar sin indemnizar los daños morales reales y efectivos padecidos ya por los propietarios hasta la fecha presente, con lo que el mecanismo de demorar hasta la demolición su resarcimiento podría suponer en la práctica que dichos daños no se indemnizaran nunca, lo que evidentemente atenta contra los más elementales fundamentos del principio de indemnidad del perjudicado, del cual se desentendería esta Sala si optase por la primera de las soluciones.

Por otra parte son estos daños ya producidos a lo largo de los años los únicos que los recurrentes reclaman, ya que no al valorar aquéllos no efectúan una distinción específica entre los que acarrea el acto físico del derribo y los restantes que han sufrido, por lo estamos ya en este momento en condiciones de determinar y valorar dicho sufrimiento moral."

En el DECIMO afirma que para *"cuantificar dichos perjuicios morales deben realizarse con carácter previo una serie de consideraciones , ya que la parte actora señala que la compraventa de las viviendas de autos tuvo lugar en el año 1997, tal y como se documenta en los contratos privados cuya copia ha sido aportada con el escrito de demanda, los cuales han sido datados entre abril y junio de 1997, conteniendo cada uno de ellos una cláusula por la que las partes se obligaban a elevar el contrato a escritura pública antes del 31 de marzo de 1998.*

Sin embargo, y pese a que en el escrito de demanda se indica que dichas escrituras públicas fueron otorgadas en el año 1999, lo cierto es que las mismas no aparecen incorporadas a los autos, siendo así que es de lógica que obren en poder de los compradores.

La cuestión no es baladí, pues como ya indicó esta Sala en la Sentencia recaída en el recurso 1201/01 , el resarcimiento económico por los daños morales irrogados a los compradores depende de la fecha en que hubieren otorgado la escritura de compraventa de las viviendas litigiosas, ya que si las mismas se firmaron antes de la Sentencia de la Sala de 5 de julio de 2000 hemos de concluir que los adquirentes eran ajenos en el momento de la compra no ya de la pendencia de un proceso judicial cuestionando la licencia, sino que ni siquiera se había dictado comenzado la tramitación del mismo.

A la vista de tales manifestaciones y en especial de las fechas en que fueron suscritos los contratos privados de compraventa, datados todos ellos antes de 1997, no podemos sino concluir que los recurrentes ni conocían ni podían conocer la posible existencia de un proceso judicial pendiente que afectaba muy directamente a los inmuebles adquiridos, puesto que en virtud de las sucesivas resoluciones judiciales pesó ya sobre aquéllos una orden de demolición, procesos que se iniciaron en el año 1998 (recurso 1991/1998) y, por ende, con anterioridad al otorgamiento de contratos privados de compraventa.

La Sala es consciente de que en procesos análogos al que nos ocupa se ha tomado como referencia a efectos de determinar el daño moral, la fecha de otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de compraventa, mientras que en el supuesto de autos las mismas no han sido aportadas, constando tan sólo, como venimos indicando, los oportunos contratos privados.

Sin embargo, y como quiera que ni por el Ayuntamiento de Argoños ni por el Gobierno de Cantabria se han cuestionado la validez y autenticidad de aquéllos, los mismos harán plena prueba en el proceso, por mor de

lo dispuesto en el art. 326 de la LEC , norma que igualmente señala en el art. 405.2 que "en la contestación a la demanda deberán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El Tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales El sufrimiento moral de quien se ve sorprendido por una circunstancia inopinada y sobrevenida a la adquisición de sus viviendas , que en modo alguno resultaba previsible cuando aquélla se materializó ,es indudablemente indemnizable.

En el UNDECIMO declara *"La indemnización de todos los propietarios recurrentes, pues todos son adquirentes con anterioridad al año 2000 a los que hemos hecho referencia debe graduarse atendiendo a la circunstancia de que se trate de primera o segunda vivienda, ya que el sufrimiento moral que la pérdida de aquélla acarrea, en cuanto domicilio habitual, único, núcleo de la vida personal y familiar, no es parangonable al que sufre el adquirente de un inmueble destinado al recreo, ocio y esparcimiento durante períodos más o menos largos de tiempo pero que no constituye su domicilio habitual, pues si bien el daño moral de su pérdida no puede minimizarse, habida cuenta de que también en una segunda vivienda se desarrolla parte de la vida familiar no puede equipararse al del que pierde la que constituye su única residencia, sin alternativa posible en cuanto a la elección de domicilio se refiere".*

En el DUODECIMO sienta no cabe un trato diferente respecto de los propietarios que han recibido asistencia médica de los que no, lo que reitera en el DECIMOCUARTO al entender que todos los padecimientos tienen un origen idéntico.

Significativo es el DECIMOTERCERO pues atiende a la circunstancia de que se trate de primera o segunda vivienda, ya que *"el sufrimiento moral que la pérdida de aquélla acarrea, en cuanto domicilio habitual, único, núcleo de la vida personal y familiar, no es parangonable al que sufre el adquirente de un inmueble destinado al recreo, ocio y esparcimiento durante períodos más o menos largos de tiempo pero que no constituye su domicilio habitual, pues si bien el daño moral de su pérdida no puede minimizarse, habida cuenta de que también en una segunda vivienda se desarrolla parte de la vida familiar, no puede equipararse al del que pierde la que constituye su única residencia, sin alternativa posible en cuanto a la elección de domicilio se refiere".*

Ya en el DECIMOQUINTO dice que para *"determinar qué cantidad corresponde percibir a aquellos propietarios a los que hemos reconocido el derecho al resarcimiento por daños morales, hemos de indicar que resulta inadecuada la forma de cálculo contenida en el escrito de demanda, y que cuantifica áquel atendiendo a los años en que el perjuicio se ha producido, a razón de 6.000 euros por cada año o fracción desde la fecha de adquisición de la vivienda hasta la fecha en que se produzca el abono de la indemnización, y ello por cuanto que dichos daños morales no son fraccionables sino que deben entenderse y valorarse en su globalidad, con independencia del tiempo en que se hayan venido sucediéndose, si bien la prolongación del sufrimiento será tenida en cuenta a la hora de calcular el montante total de la indemnización por este concepto.*

Igualmente la Sala tiene en cuenta para fijar la valoración económica del daño moral , de un lado el valor material de las viviendas adquiridas, tal y como aparece reseñado en los documentos acompañados con el escrito de demanda así como los baremos indemnizatorios del seguro del automóvil, que también contempla daños morales como los derivados de la pérdida de cónyuges o hijos, los cuales, si bien en modo alguno son parangonables a los que nos ocupan, pueden servir de límite y de elemento equilibrador a la hora de calcular la indemnización que corresponde percibir a los propietarios".

En el DECIMOSEXTO dice que para valorar económicamente el dolor de las personas, a las que se han causado unos perjuicios que son ante todo de índole psíquica y que han generado un sufrimiento a los recurrentes que resulta difícil de trasladar a sumas dinerarias, la jurisprudencia ha dejado a la decisión racional, ponderada y proporcionada de los Tribunales su valoración y cuantificación.

En el supuesto de autos, y teniendo en cuenta las circunstancias que ha reseñado anteriormente estima razonable, fijar una indemnización para los propietarios que hubieran adquirido sus viviendas con anterioridad a la publicación de la Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2000 , es decir, la totalidad de los recurrentes y que se trate de su primera vivienda de 12.000 euros.

Para aquellos propietarios que adquirieron sus viviendas en dicha fecha y que sean titulares de otra vivienda deberán percibir una indemnización reducida proporcionalmente a 9.000 euros.

Reitera en el DECIMOSEPTIMO que los daños materiales no son todavía efectivos y evaluables en su integridad mas reputa conveniente pronunciarse sobre la responsabilidad de ambas administraciones lo que hace en el DECIMOCTAVO donde partiendo de los arts. 139 y 140 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común reputa evidente que los daños traen causa de un deficiente funcionamiento de los servicios públicos *"referido no sólo al otorgamiento de la licencia, sino también a la elaboración y aprobación definitiva de las NNSS de Argoños por la Comisión Regional de Urbanismo, que si bien tuvo en cuenta al aprobar*

el Estudio de Detalle las circunstancias que hacían ilegal la licencia, no realizó actuación alguna al respecto. Por consiguiente, debe ser la Administraciones competentes y responsables de dichos servicios las que corran también con la reparación de los perjuicios causados por su funcionamiento, de tal modo que de las antedichas actuaciones lesivas no es responsable una sola Administración, el Ayuntamiento de Argoños, sino igualmente el Gobierno de Cantabria. En efecto, el Ayuntamiento de Argoños otorgó la licencia anulada pero las NNSS de las que traen su causa este instrumento recibieron también la aprobación definitiva del Gobierno de Cantabria, sin cuyo concurso no hubiera podido desplegar su eficacia ni entrar en vigor, pues la legislación urbanística prevé la conjunta actuación de las Administraciones local y autonómica. A la vista de ello, ambas Administraciones deben ser consideradas responsables del funcionamiento de los servicios públicos causantes del daño y, por tanto, el deber de repararlo recae solidariamente sobre ambas, pues así lo prevé el art. 140.1 de laLRJAPAC ."

SEGUNDO.- 1. Primer y segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA son coincidentes. En ambos aduce infracción de los arts. 139 y 142. 4 LRJAPAC pidiendo integración de hechos conforme al art. 88. 3 LJCA .

Sostiene que la reclamación formulada dentro del año de la firmeza de la sentencia fue ejercitada en tiempo y forma así como que el Ayuntamiento esta realizando actuaciones para proceder al derribo. Rechaza que la Sala de instancia afirme que el daño todavía no es efectivo.

Insiste en que los propietarios de una vivienda sujeta a orden judicial de derribo no son titulares de un activo sino de un pasivo.

Afirman que si se condiciona el percibo de la indemnización debida por Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas a la previa demolición, pasarán años sin que los propietarios afectados dispongan los inmuebles y sin haber cobrado la indemnización debida, teniendo en cuenta los plazos administrativos, judiciales, así como de resolución de los Recurso legales, lo que todavía agravará más la situación de los perjudicados.

Añade prolijamente cuáles son las cantidades a percibir por mobiliario, gastos traslados, otros desembolsos, etc. así como que debe prevalecer las conclusiones del perito judicial.

1.1 La defensa del Gobierno de Cantabria refuta conjuntamente ambos motivos .

Con invocación de la STS de 4 de julio de 1990 proclama que es la fecha en que concluyo el derribo la que inicia el cómputo de la reclamación y no la fecha de declaración de la ilegalidad de la licencia. Invoca también la de 25 de mayo de 2000 en el mismo sentido.

1.2. Objeta el primer motivo la defensa del Ayuntamiento al entender adecuada la sentencia pues no ha habido despatrimonialización efectiva del inmueble. No reputa aplicables las normas contables.

Respecto del segundo motivo rechaza su enlace con el plazo de prescripción. Insiste en que es la materialización de la orden de demolición lo que causa el daño r respecto a la pérdida de los inmuebles.

2. Un tercer y cuarto motivo vuelven a coincidir. Al amparo del art. 88. 1. d) LJCA aduce infracción arts. 1214 y 1253 C. civil respecto a la prueba, 217 y 218.3 LEC, 24 y 9.3. CE por infracción de la jurisprudencia relativa a la determinación del daño moral. Sentencias de 21 de abril de 1989 y 10 de junio de 1987 .

Reputa arbitraria la cuantía pues no se justifica la razón de la cuantificación acordada. La considera desproporcionadamente ínfimas respecto de unos adquirentes de economía modesta adquirentes con gran sacrificio.

2.1. La defensa del Gobierno de Cantabria objeta ambos motivos. Pide su inadmisión pues al combatirse la prueba debería haberse articulado al amparo de la letra c) y no de la d).

Añade no se cita ninguna regla de valoración de la prueba como infringida al tiempo que señala que la valoración del daño moral siempre tendrá un carácter subjetivo, STS de 12 de junio de 2007 , siendo razonable acudir al baremo de seguro de automóvil.

2.2. La defensa del Ayuntamiento combate el motivo arguyendo que no cabe sustituir las cuantías en sede casacional.

TERCERO.- Antes de resolver los motivos resulta oportuno reseñar que la sentencia del TSJ de Cantabria de 9 de marzo de 2005 recaída en el recurso contencioso administrativo 1201/2001 , parcialmente reproducida por la Sala de instancia, fue confirmada por esta Sala, Sección Sexta, al desestimarse el recurso de casación 3026/2005 formulado contra la misma tanto por las administraciones demandadas en instancia, la autonómica y la local, como por los demandantes en instancia, por lo que, en unidad de doctrina y seguridad jurídica, se seguirán los mismos criterios allí vertidos dado que las situaciones examinadas son análogas.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO.- Se observa que los motivos primero y segundo son coincidente con los motivos segundo y tercero de los perjudicados en el recurso de casación 3026/2005 fallado por Sentencia de esta Sala, Sección Sexta de 23 de octubre de 2009 . Resulta pues conveniente reiterar lo allí vertido para desestimar los motivos en su FJ décimo.

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 - Sentencia de 17/12/1981 -, evaluable económicamente"* . Así lo expresamos en la sentencia del pasado 13 de octubre de 2009, en el recurso de casación 2350/2005 , en el que fueron partes las Administraciones recurrentes y en el que en primera instancia se impugnaba la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 9 de marzo de 2005, en el recurso contencioso administrativo 1216/01 , que estimó parcialmente el promovido por el Excmo. Ayuntamiento de Arnuero *"contra la resolución del Gobierno de Cantabria, de fecha 25 de octubre de 2001, por el que se inadmite por prescripción de la acción de reclamar y subsidiariamente se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por dicho Ayuntamiento el 2 de febrero de 2001 ....".*

Aunque en la indicada sentencia los daños cuya reparación pretendía el Ayuntamiento se concretaron en el proyecto de demolición que se ordena en la sentencia de 4 de mayo de 1994 , cuyo coste de ejecución ya había sido satisfecho por el Ayuntamiento, y en el coste de demolición, la doctrina que se expresa por esta Sala en dicha sentencia, para aceptar como único daño actual o efectivo el coste de los proyectos de demolición, rechazando que reúna tal condición el coste de demolición, es de aplicación al caso enjuiciado.

Si en esa sentencia indicábamos que *"tal demolición no se ha llevado a cabo e incluso se están planteando soluciones alternativas al efecto, que en cualquier caso y aun cuando de momento no hayan prosperado, lo que es indiscutible es que la demolición no se ha materializado y por lo tanto el gasto en cuestión no se ha producido, por lo que no puede servir de fundamento a la reclamación formulada por el Ayuntamiento, que es libre de reclamar sucesivamente los gastos parciales que la ejecución le vayan suponiendo en lugar de atender al resultado final de la ejecución, pero que no puede fundar su reclamación en la exigencia de unos perjuicios o gastos posibles o eventuales que al no haberse materializado carecen de la condición de daño real y efectivo que resulta exigible para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que se reclama. Menos justificación tiene la genérica referencia al reintegro de todos los gastos necesarios que se le produzcan como consecuencia de la orden de demolición de lo construido, que además de no concretarse se refieren a eventuales daños que carecen igualmente del requisito de certeza y efectividad que permita tomarlos en consideración como fundamento de una reclamación de esta naturaleza"* (fundamento de derecho sexto, último párrafo), lo mismo debemos decir ahora, en cuanto al daño emergente y el lucro cesante que se reclama con apoyo en la orden de demolición no constituye un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades.

Cierto es que con la sola orden de demolición pueden derivarse daños reales y efectivos no encuadrables en el daño moral reconocido y del que más tarde nos ocuparemos, y valga a título de ejemplo los expresados por los recurrentes en el escrito de interposición (imposibilidad o dificultad de venta de los inmuebles afectados por la orden de demolición ya no solo por los adquirentes sino también por la promotora; imposibilidad o dificultad de que dichos inmuebles garanticen obligaciones; imposibilidad de ejecución derechos de mejora, de reforma, etc.), pero no es menos cierto que esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura.

QUINTO.- También en la antedicha sentencia de 23 de octubre de 2009 fue impugnado el "quantum" indemnizatorio reconocido por daño moral. Y en su fundamento décimo primero se dijo:

Ninguna vulneración de precepto legal valorativo de prueba se infringe en la sentencia recurrida al fijar estimativa y razonadamente en 12.000 euros la indemnización correspondiente a los compradores de una primera vivienda y en 9.000 a los adquirientes de una segunda. La valoración por la Sala de instancia no se puede tachar de arbitraria o irrazonable en una esfera como la del daño moral en la que no es posible la aplicación de criterios objetivos, ni tampoco porque conduzca a resultados inverosímiles.

Sólo indicar que el informe psicológico aportado por los perjudicados sí responde a criterios subjetivos y no que no hay razón para dudar que en la valoración por el Tribunal se han tenido en cuenta los años transcurridos desde que se dictó la sentencia de derribo.

A lo anteriormente vertido por este Tribunal y su Sección Sexta conviene añadir que la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09 , (con cita de otras anteriores) recuerda que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de "pretium doloris" carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

En la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de mayo de 2010, recurso de casación 3353/2088 hacíamos mención a otra anterior de fecha 2 de marzo de 2005 citada en la sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 314/2002, Sección Sexta , para insistir en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional. O, en términos de la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 14 de mayo de 2010, recurso de casación 650/2006 , con cita también de otras anteriores, no es revisable en sede casacional siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación. La antedicha sentencia recuerda otra anterior, la de 22 de octubre de 2001, acerca de que al Tribunal de casación aunque tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía no le está permitido corregir la evaluación que hubiese hecho el Tribunal sentenciador si respetó la razonabilidad y la ponderación en atención a los hechos declarados probados.

No debe olvidarse que, como dice la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 17 de noviembre de 2009, recurso de casación 2543/2005 , constituye una cuestión de hecho no revisable en sede casacional.

Y como expresa la Sentencia de 23 de marzo de 2010, de esta Sala, Sección Sexta, recurso de casación 4925/2005 , (con cita de otras anteriores) solo cabrá la revisión de la cuantía de las indemnizaciones cuando vulnere preceptos sobre la prueba tasada o cuando la valoración de la Sala resulte irracional o ilógica.

SEXTO.- Los anteriores pronunciamientos no son obstáculo para que por la Comunidad Autónoma de Cantabria se proceda de acuerdo con lo establecido en la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril , por la que se modifica la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística, y, en concreto su Disposición Transitoria única relativa a la aplicación de la ley a los procedimientos de responsabilidad patrimonial no finalizados a la fecha de su entrada en vigor.

SEPTIMO.- Por último debe añadirse un razonamiento atendiendo a que los recurrentes en este recurso se dirigen contra el Gobierno de Cantabria y el Ayuntamiento de Argoños ejercitando una acción análoga a la subyacente en el recurso de casación 944/2007 fallado por Sentencia de 31 de mayo de 2011 .

Puede sorprender que en el presente recurso de casación no se hubiere declarado su inadmisión por razón de la cuantía, a tenor del art. 41 LJCA , de aquellos recurrentes que constituyendo matrimonio han formulado recurso en cuyo caso procedería dividir la cuantía de la reclamación en dos mitades.

Para ello era preciso atender al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de los sujetos individuales, tal cual, según constante jurisprudencia de esta Sala y su Sección Primera, se declaró mediante Auto de 25 de septiembre de 2008 en el precitado recurso de casación 944/2007 respecto de otros litigantes con una pretensión similar frente al Gobierno de Cantabria y al Ayuntamiento de Argoños.

Ante una situación así esta Sala venía declarando (por todas la STS de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina 128/2006) que " *resulta irrelevante, a efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación, que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia o el ofrecimiento del mismo al notificarse la resolución impugnada, siempre que concurra una causa de inadmisión. Asimismo, es reiterado el criterio de nuestra jurisprudencia que considera que para apreciar esta causa de inadmisibilidad no es obstáculo que no se hubiera denunciado expresamente, pues si esta Sala ha de revisar de oficio y puede apreciar el carácter no recurrible de las resoluciones, ningún obstáculo hay para que lo haga en trámite de sentencia. Lo contrario supondría resolver un recurso de casación en un supuesto en el que está vedado por el legislador en contra de la ley que legitima y regula la actuación de los tribunales y de la finalidad de protección de la norma que tiene el recurso de casación."*

Mas en esta fase procesal, si atendemos a los razonamientos expresados en los fundamentos anteriores, observamos que el recurso ha obtenido un resultado desestimatorio por lo que carece de relevancia práctica decretar aquella inadmisibilidad, ahora desestimación, que, en puridad hubiera procedido.

OCTAVO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el articulo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por los Letrados de la parte recurrida la cantidad de 3000 euros a satisfacer por mitad a cada administración personada. Todo ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de las partes se ha referido a motivos de casación sin especial complejidad. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de D. Fernando y otros contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 7 de noviembre de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso núm. 130/04 , deducido a instancias de D. Fernando , D. Marino , Dª Vanesa , D. Jose Luis , Dª Delfina , D. Aquilino , Dª Noemi , D. Fermín , Dª Ascension , D. Melchor , Dª Juana , D. Jose Miguel , Dª Yolanda , D. Baldomero , Dª Esperanza , D. Florian , Dª Raquel , D. Narciso , Dª Blanca , D. Carlos María , Dª Marina , D. Candido , Dª Amelia , D. Higinio , Dª Isidora , D. Rodolfo , Dª Marí Juana , Dª Erica , D. Pedro Francisco , Dª Rosa , D. Diego , Dª Casilda , D. José , Dª Modesta , Dª Antonia D. Victoriano y Dª Lourdes contra la resolución del Ayuntamiento de Argoños de 18 de diciembre de 2003 que desestima la pretensión de responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes interesando la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la sentencia de fecha 5 de julio de 2000 por la que se declaraba la nulidad de la licencia de obras otorgada por dicho Ayuntamiento para la construcción de las viviendas de su propiedad y se acordaba la demolición de las mismas. Resolvió la Sala estimar parcialmente el recurso Contencioso- Administrativo interpuesto por los recurrentes condenando solidariamente al Gobierno de Cantabria y al Ayuntamiento de Argoños a indemnizar a los recurrentes propietarios de vivienda con carácter de residencia habitual en la suma de 12.000 euros y en la suma de 9000 euros a los recurrentes titulares de segunda vivienda. Sentencia que se declara firme con expresa imposición de costas a la parte recurrente en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ