



Roj: STS 3548/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3548
Id Cendoj: 28079130062015100460
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 2416/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 2416/2013 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la mercantil LA COMPAÑÍA DE JESÚS, PROVINCIA BÉTICA contra sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 dictada en el recurso 439/2010 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla . Siendo parte recurrida EL LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA en la representación que ostenta

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"FALLAMOS.-

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por La Compañía de Jesús, Provincia Bética, contra el acuerdo de 12 de marzo de 2010, de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, de fijación de justiprecio de la expropiación de finca afectada por la ejecución del "Proyecto de trazado de obra civil de la línea 1 interurbana del metro de Sevilla. Tramo 1; Estación Blas Infante-Universidad Pablo de Olavide".

SEGUNDO.- No hacer expresa declaración sobre el pago de las costas causadas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la Compañía de Jesús, Provincia Bética, presentó escrito ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... dicte sentencia por la que, estimando el recurso, case y anule la recurrida, y en consecuencia declare nulo o anule y deje sin efecto el acuerdo de la Comisión provincial de Valoraciones de Sevilla de 12 de marzo de 2010, sobre fijación de justiprecio en expediente SE-28/09-CV, por su manifiesta disconformidad a Derecho, y, con revocación del impugnado, se fije un justiprecio conforme con el formulado en hoja de aprecio de esta parte, más los intereses legales".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "... dicte sentencia desestimándolo, con costas para la recurrente".

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 15 de julio de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . En el presente recurso de casación, interpuesto por el representante legal de "la Compañía de Jesús, Provincia Bética" se impugna la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 9 de mayo de 2013 (rec. 49/2010) por la que se desestimó el recurso interpuesto por la entidad recurrente en casación contra el Acuerdo de 12 de marzo de 2010 adoptado por la Comisión Provincial de valoraciones de Sevilla, por el que se fijaba el justiprecio de la finca propiedad de la entidad recurrente (denominada SA-23 **Colegio** Porta Coeli) afectada por el "Proyecto de trazado de obra civil de la línea nº 1 interurbana del metro de Sevilla. Tramo 1. Estación Blas Infante-Universidad Pablo Olvide".

SEGUNDO . Motivos de casación.

1º El primer motivo, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de "las reglas relativas a la interpretación y eficacia de las normas jurídicas", argumentando que la sentencia recurrida, al aceptar la naturaleza pública del subsuelo basándose en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de ordenación urbanística de Andalucía, ignora el sistema de fuentes del derecho y las reglas de derecho transitorio.

Y ello porque, según el art. 149.1.8 de la Constitución , es competencia exclusiva del Estado las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y, por tanto, constituyen derecho estatal. Así, aun cuando el art. 49.3 de la Ley andaluza 7/2002 dispone que "cuando el instrumento de planeamiento no precise el aprovechamiento atribuido al subsuelo, éste se presumirá público", la Disposición Transitoria 1ª.3 de dicha Ley establece que "hasta que los Planes de Ordenación Urbanística se adapten a esta ley, el régimen urbanístico del subsuelo será el que resulte de la ordenación por ellos establecida" y en el momento de entrada en vigor de dicha ley en Sevilla regirá el Plan de Ordenación urbanística de 1987 que no contemplaba el carácter público del aprovechamiento del subsuelo, sin que resultase de aplicación el art. 49.3 hasta que no se aprobase un nuevo plan Urbanístico, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria 1ª.3 .

Tras la entrada en vigor de la Ley 7/2002 se aprobó un nuevo Plan de Ordenación Urbanística en Sevilla por resolución del Consejero de Obras públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 19 de julio de 2006 que no resultaba aplicable al supuesto que nos ocupa ya que la fecha de valoración de los bienes ha de referirse al 6 de febrero de 2006, coincidente con el acta de ocupación de la finca, tal y como la propia sentencia de instancia establece.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción del art. 350 del Código Civil , en el que se dispone que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, pudiendo hacer las obras y plantaciones que estime conveniente con sujeción a lo dispuesto en las Leyes de Minas y aguas y los reglamentos de policía.

A su juicio, no cabe invocar el carácter público de los aprovechamientos del subsuelo al amparo del art. 49.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía por cuanto, según la STC 1988/227 de 29 de noviembre (f.j. 15) la afección general al dominio público de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete al Estado, y solo el puede determinar las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del tráfico privado. Considera que la sentencia impugnada vacía de contenido el art. 350 del CC .

3º El tercer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 33 de la Constitución y 350 del CC . La sentencia impugnada considera que la entidad recurrente carece de derechos sobre el subsuelo y que solo procede indemnizar las limitaciones impuestas sobre el mismo cuando la expropiación afecta a las facultades urbanística y edificatorias del propietario, negando que en este caso las tuviese al tratarse de un suelo dotación, de equipamiento y servicios públicos, educativos y deportivos.

A su juicio, tal afirmación vulnera el art. 33 de la Constitución porque nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sin la correspondiente indemnización y el art. 350 del CC reconoce facultades al propietario del terrenos que se extienden al subsuelo y el hecho de que el suelo este dedicado a equipamiento educativo no significa que carezca de facultades urbanística y edificatorias, al tratarse de un suelo de titularidad privadas, aun cuando estén vinculadas a determinados usos.

4º El cuarto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución . A su juicio, la sentencia incurre en un error patente y manifiesto en la argumentación y la valoración de prueba, incurriendo en arbitrariedad y lesionando su derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Y ello porque la sentencia recurrida acepta la afirmación de la Comisión Provincial de

Valoraciones según la cual el planeamiento urbanístico de Sevilla "no contempla la posibilidad de utilización privativa del subsuelo de que se trata". Considera que los argumentos utilizados por la sentencia para fundar la inexistencia de limitaciones en sus posibilidades edificatorias son contradictorias, pues si el terreno es de propiedad privada el propietario tiene las facultades que deriven de la legislación y el planeamiento urbanístico y el hecho de que el suelo esté destinado a unos determinados usos no significa que carezca de posibilidades edificatorias, pues estas serán las que le confiera el planeamiento, aunque referidas a ese uso. Y si el suelo tiene posibilidades edificatorias que se limitan por el túnel de metro, tales afecciones deben ser indemnizadas.

5º El quinto motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del art. 24.1 de la Constitución en relación con los principios sobre valoración de la prueba. Argumenta que la sentencia incurre en un error manifiesto en la valoración de la prueba cuando afirma que el recurrente no ha justificado el aprovechamiento urbanístico del suelo y la imposibilidad de materializarlo sobre la superficie ocupada por el túnel, pues el detallado dictamen emitido por el perito designado judicialmente se ocupa de estas cuestiones, argumentando que el suelo tenía edificabilidad disponible según el Plan de 1987.

TERCERO . Causa de inadmisibilidad.

El Letrado de la Junta de Andalucía se opone al recurso alegando las siguientes causas de inadmisibilidad:

En primer lugar, la inadmisibilidad por carencia manifiesta de fundamento (art. 93.2.d), pues el recurso no combate las premisas fácticas y presupuestos que integran la "ratio decidendi" de la sentencia. Argumenta que la sentencia denegó los conceptos indemnizatorios solicitados en la instancia por entender que el recurrente no demostró ser titular de ningún derecho de aprovechamiento urbanístico patrimonializado que se haya visto afectado por la constitución de la servidumbre de acueducto o túnel, niega la obtención por silencio de una licencia de obras para la construcción de un parking subterráneo, y considera que la existencia de una servidumbre de acueducto no determina el derecho a ser indemnizado al margen del régimen urbanístico aplicable al suelo, constituido por el Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla de 1987. A su juicio, ninguno de los motivos del recurso de casación trata de combatir estos razonamientos por lo que deviene carente de fundamento.

En segundo lugar, aduce la inadmisibilidad del primer motivo por carencia de fundamento pues la invocación como precepto infringido de "las reglas relativas a la interpretación y eficacia de las normas" es meramente retórica, para después reputar inaplicable el artículo 49.3 de la Ley andaluza 7/2002 por razones temporales. A juicio de la Junta, el artículo 86.4 de la LJCA exige como presupuesto de admisibilidad del recurso de casación la invocación de normas de derecho estatal o comunitario relevante en la resolución del asunto controvertido, sin que para sortear dicha previsión legal puedan invocarse como vulnerados principios generales del derecho, tal y como realiza el recurrente, pues tales principios son comunes a todo el ordenamiento, tanto estatal como autonómico, tal y como ha tenido ocasión de señalar una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Debe desestimarse la primera de las causas de inadmisibilidad planteadas, basta analizar los diferentes motivos de casación para comprobar que están destinados a cuestionar los argumentos utilizados por la sentencia de instancia para rechazar que la servidumbre permanente limite su aprovechamiento urbanístico, entre ellos se cuestiona la valoración arbitraria de la prueba pericial así como diversos preceptos sustantivos en los que funda su pretensión de ser indemnizado por las limitaciones que la obra ejecutada causó sobre el derecho de uso y disfrute del subsuelo, por lo que no puede considerarse que el recurso carezca de fundamento.

La segunda causa de inadmisibilidad se circunscribe al primero de los motivos de casación. El artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido.

En dicho motivo, bajo la genérica invocación de "las reglas relativas a la interpretación y eficacia de las normas jurídicas", plantea la indebida aplicación por el tribunal de instancia de la previsión contenida en el art. 49.3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de ordenación urbanística de Andalucía, en relación con la previsión contenida en la Disposición Transitoria 1ª. 3 de dicha norma. Se trata, por tanto, de la correcta interpretación y aplicación de Derecho autonómico, cuestión ésta en la que el Tribunal Superior de Justicia tiene la última palabra por ser, como ya se ha dicho en otras ocasiones, el supremo juez, (sentencia del Pleno

de la Sala Tercera de 30 de noviembre de 2007, recaída en recurso de casación 7638/2002, así como SSTs de 26 de septiembre y 11 de diciembre de 2000), pues la norma cuestionada es autonómica y la cita de las reglas relativas a la eficacia de las normas y la pretendida vulneración del sistema de fuentes tiene un carácter meramente instrumental. Admitir lo contrario sería tanto como privar de contenido al artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional al existir siempre la posibilidad de acogerse a estos preceptos instrumentales y principios generales para, con base en su infracción, entablar el recurso de casación para que, en el caso que nos ocupa, al socaire de las infracciones denunciadas, interprete esta Sala el derecho autonómico, cuando reiteradamente hemos declarado su improcedencia (Sentencias de 4 de mayo de 2000 -- recurso de casación nº 8409/1994--, de 23 de enero de 2001 -- recurso de casación nº 9155/95--, de 19 de julio de 2001 -- recurso de casación nº 2983/1996--, de 26 de julio de 2001 -- recurso de casación nº 8858/1996--, de 15 de octubre de 2001 -- recurso de casación nº 3525/1996--, de 14 de noviembre de 2002 -- recurso de casación nº 11120/1998--, de 29 de mayo de 2003 -- recurso de casación nº 759/1999 --, entre otras).

Pero es que, además, basta proceder a la lectura de la sentencia impugnada para comprobar que la cuestión referida a la aplicación o inaplicación del art. 49 de la Ley 7/2002 no fue decisiva en el fallo de la sentencia, así se desprende claramente de lo argumentado por el tribunal de instancia en el fundamento jurídico quinto, por lo que la pretendida infracción de dicha norma no fue relevante y determinante del fallo recurrido, tal y como exige el art. 86.4 de la LJ .

Es por ello que procede rechazar la inadmisibilidad planteada respecto de todo el recurso de casación y la estimación de la causa de inadmisibilidad planteada respecto del primer motivo de casación.

CUARTO . El eje central del presente recurso se circunscribe a determinar si el establecimiento de una servidumbre permanente de acueducto en el subsuelo de la finca expropiada, como consecuencia de la ampliación de las obras de línea nº 1 interurbana del metro de Sevilla, le genera limitaciones en el uso y disfrute de los terrenos de su propiedad que deban ser indemnizadas.

Debe empezar por afirmarse que las servidumbres permanentes que afectan a la propiedad privada, incluidas las que transcurren por el subsuelo, deben justipreciarse en relación a las limitaciones que imponen a su propietario y por ende en relación al gravamen de conllevan para éste. De modo que la valoración del perjuicio ha de realizarse tomando en consideración el tipo de uso que los terrenos tenían y las limitaciones que la servidumbre impone.

La sentencia impugnada acierta al centrar el objeto de la controversia en las posibilidades edificatorias que ostentaba la parcela conforme al Planeamiento vigente en la fecha de su valoración y las afecciones que la servidumbre impuso. También se comparte las consideraciones realizadas en el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada, por las que se afirma que la indemnización expropiatoria solo surgirá cuando la servidumbre afecte y limite, de un modo u otro, las facultades urbanísticas que ostentaba el propietario conforme a la legislación y el Planeamiento urbanístico aplicables a la fecha de valoración. Las facultades del propietario del suelo urbano, y consiguientemente la indemnización por las limitaciones singulares que sobre el mismo se impongan, dependen del régimen estatutario de la propiedad del suelo definido en las Leyes urbanísticas y los instrumentos de Planeamiento urbanístico, en especial por los Planes Generales de Ordenación Urbana. Debe recordarse a este respecto que el Tribunal Constitucional STC 141/2014, de 11 de setiembre que " *Como este Tribunal ha reiterado (por todas, STC 61/1997 , F.J 10), el legislador cuenta para la configuración singular de los distintos estatutos del derecho de propiedad, con un importante margen de discrecionalidad. Pues bien, el legislador estatal en ejercicio de su competencia para la regulación del derecho de propiedad del suelo (art. 149.1.1.1 C.E), y en atención a la función social que ésta ha de cumplir (art. 33.2 CE), ha optado, en línea con nuestra tradición urbanística- tanto legislativa como jurisprudencial (por todas, STS de 18 de octubre de 2011)- y dentro de la libertad de conformación del derecho que le corresponde, por una concepción estatutaria de la propiedad urbanística conforme a la cual el ius aedificandi no parte integradamente del contenido inicial del derecho, sino que se va adquiriendo en función del cumplimiento de los correlativos deberes urbanísticos*".

Este régimen estatutario determina que las facultades de uso y disfrute tanto del suelo como del subsuelo afectos a un destino urbanístico, y por ende de las posibilidades de edificar en el mismo, viene determinado por las previsiones contenidas en las leyes urbanísticas y los instrumentos de planeamiento en relación con los usos y la edificabilidad en ellos prevista. Ninguna incidencia tiene, por tanto, en esta materia la invocación del art. 350 del CC para fundar en él la privación de facultades de aprovechamiento del subsuelo urbano que sean ajenas a los aprovechamientos permitidos por el Planeamiento urbanístico aplicable, y al igual ocurre con la invocación del artículo 33 de la Constitución porque el hecho de que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sin la correspondiente indemnización no se opone a la función social que ha

de cumplir la propiedad, tal y como establece el art. 33.3 de la Constitución , lo que nos sitúa de nuevo ante el régimen estatutario de la propiedad del suelo en los términos antes expuestos. En palabras del Tribunal Constitucional, en la STC 141/2014, de 11 de septiembre , " *la edificabilidad no es pues, una cualidad del suelo mismo, sino un contenido que le otorga la ley y el plan a cambio del cumplimiento de determinadas obligaciones*". Y así se desprende claramente de las diferentes leyes del suelo que han regulado los derechos y deberes de los propietarios sobre el suelo urbanizado. Cabe mencionar las previsiones contenidas en el art. 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril y las contenidas en la Ley 6/1998, normativa aplicable en el momento de valoración de los bienes expropiados, cuyo art. 2 se dispone que " *Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios*"; en su art. 12 que " *Los derechos y deberes de los propietarios de suelo que se regulan en esta ley se ejercerán de acuerdo con la normativa que sobre planeamiento, gestión ejecución del planeamiento establezca la legislación urbanística en cada caso aplicable*"; y en el art. 13 que " *Los propietarios de suelo urbano tienen el derecho a completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares y a edificar éstos en las condiciones que en cada caso establezca la legislación urbanística y el planeamiento*". Previsiones estas que se mantienen en los artículos 7 y 8 del actual Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio .

De modo que las limitaciones o servidumbres impuestas sobre la superficie o el subsuelo de una parcela urbana solo deben ser indemnizadas en atención al uso y aprovechamiento urbanístico que le confiera la legislación urbanística y las previsiones contenidas en el Planeamiento urbanístico aplicable. Todo ello nos sitúa ante el núcleo central de esta controversia, consistente en determinar si la servidumbre limitó las posibilidades de uso y edificabilidad conferidas por el Planeamiento a dicha parcela.

QUINTO . En el supuesto que nos ocupa, el Plan General vigente a la fecha de valoración era el aprobado el 29 de diciembre de 1987, que posteriormente fue revisado el 19 de julio de 2006, si bien esta revisión no afecta a la valoración que nos ocupa en cuanto debe entenderse referida a 6 de febrero de 2006. La servidumbre impuesta por la construcción de la línea de metro afectó a 2.457 m² del subsuelo de la finca propiedad de los recurrentes, clasificada como suelo urbano consolidado con uso "Dotacional, equipamiento y servicios públicos, educativo, deportivo, servicios de interés público y social de carácter privado dedicada a "instalaciones deportivas y aparcamiento, ubica en el término municipal de Sevilla. La superficie de la parcela es de 59.944 m² y una superficie construida de 40.101 m²c" tal y como afirma el Acuerdo de Valoración de la Comisión Provincial.

La resolución de la Comisión Provincial de Valoraciones considera que tanto el Plan General de 1987 (aplicable por razones temporales a esta expropiación) como el posterior Plan General aprobado en el año 2006 no contemplan la posibilidad de una utilización privativa del subsuelo ni le confieren aprovechamiento alguno.

La sentencia impugnada afirma que el suelo afectado carece de posibilidades edificatorias " *conclusión esta que, fundamentalmente, se extrae del silencio de la recurrente frente a las claras determinaciones que en este sentido se incluyeron en la propia propuesta que dio lugar a la resolución impugnada, en la que, según se ha dicho, se indicaba que de acuerdo con el PGOU de 1987, los terrenos estaban clasificados como suelo urbano dotacional, equipamientos y servicios públicos, educativos, deportivos, servicios de interés público y social de carácter privado, servicios terciarios en edificación compacta*". Y tras argumentar sobre la improcedencia de entender adquirida por silencio positivo la posibilidad de construir un aparcamiento sobre el subsuelo, concluye " *En definitiva, de ninguna de las argumentaciones de la recurrente la Sala puede extraer el reconocimiento a favor de aquélla, como titular del suelo afectado por el proyecto, de aprovechamiento urbanístico ni de posibilidad alguna de incidencia sobre el subsuelo que hayan podido verse afectados por el proyecto concernido, sin que, como sucedió también en aquel otro supuesto decidido por la Sala, resulte por ello posible reconocer a la recurrente indemnización alguna en tal concepto*". Y más adelante afirma " *Todo lo anterior sirve también para negar la procedencia de la petición de la recurrente relacionada con la indemnización que reclama por la supuesta pérdida de edificabilidad, que, según acaba de decirse, no ha sido justificada, como tampoco lo han sido por los gastos del citado proyecto de aparcamiento, que, como se ha dicho también, ni se ha probado siquiera que fuese proyectado para su construcción sobre el suelo al que concretamente afecta la obra cuestionada, ni tampoco se ha acreditado que guarde relación con licencia urbanística alguna que, además, no hubiere caducado*".

El recurso de casación, en sus motivos cuarto y quinto, cuestiona la conclusión alcanzada por la sentencia impugnada en relación con este extremo, por entender que el Tribunal ha incurrido en una valoración

arbitraria de la prueba, especialmente de la prueba pericial practicada, pues si el terreno es de propiedad privada el propietario tiene las facultades que deriven de la legislación y el planeamiento urbanístico. El hecho de que la parcela esté destinada a unos determinados usos no significa que carezca de posibilidades edificatorias, pues estas serán las que le confiera el planeamiento aunque referida a ese uso. Y al mismo tiempo afirma que del dictamen del perito judicial se desprende que el suelo tenía edificabilidad disponible según el Plan de 1987.

Tiene razón el recurrente al afirmar que el hecho de que la parcela tuviese un uso dotacional privado (en la finca se ubica un **colegio** propiedad de la Compañía de Jesús) no permite entender que carezca de edificabilidad alguna, pues también el terreno dotacional la tiene en la proporción que le asigne el Planeamiento, si bien vinculada a ese uso.

Según se desprende del acta de ocupación y del informe pericial aportado en vía administrativa por la parte recurrente, los terrenos afectados por la servidumbre de acueducto estaban destinados a instalaciones deportivas adyacentes al **colegio** y aparcamiento habilitado para dicho centro educativo.

Se trata ahora de determinar si, pese a lo manifestado por la resolución administrativa y asumido por la sentencia de instancia, la edificabilidad o aprovechamiento de la misma se ha visto limitado por la existencia de la servidumbre permanente de acueducto como consecuencia de la línea de metro, correspondiendo a la parte recurrente demostrar este extremo.

El informe pericial explica de forma detallada el proyecto de trazado inicial y el finalmente ejecutado, que se modificó para tratar de evitar la afección de varios bloques residenciales, lo cual afectó a las instalaciones deportivas del **Colegio Portaceli**, con la finalidad de unir la estación de San Bernardo y la estación Nervión. El túnel está muy cercano a la superficie lo que a su juicio imposibilita absolutamente la construcción en el subsuelo y a edificar sobre él, tanto en la superficie ocupada por el túnel como en una franja a ambos lados. A continuación, razona que el subsuelo es privado y añade " *No cabe duda que el subsuelo era edificable con destino a garaje según el PGOU 1987, construcción para la que incluso se solicitó licencia (posiblemente obtenida por silencio administrativo, cuestión esta que no es objeto del dictamen) y que la ejecución del túnel superficial impide absolutamente este y cualquier otro uso en el subsuelo, por lo que constituye una limitación a la propiedad que debe considerarse indemnizable* " y añade " *resulta incuestionable que la parcela del **Colegio Portaceli** es edificable sobre rasante y no tiene agotada su edificabilidad según el Plan 1987 de aplicación. En consecuencia, es claro que la imposibilidad de materializarla sobre el túnel y dos franjas de influencia, y también el condicionamiento que ello supone para la edificación y su ordenación y diseño en el resto de la parcela, constituye una fuerte limitación a la naturaleza y destino del suelo, por lo que cabe concluir que la pérdida de edificabilidad sobre rasante es un concepto indemnizable* ".

En el informe aportado con la parte demandante de la instancia, emitido por el perito Ramón , se analizan las condiciones de edificabilidad fijadas en el planeamiento, bajo y sobre rasante. Por otra parte, se añade que se concedió licencia para la ejecución de un aparcamiento bajo rasante en la parcela colindante, también titularidad de la compañía de Jesús, por lo que debe entenderse que la edificabilidad bajo rasante para garaje está permitida.

En periodo de prueba se aportó el proyecto de obras que la parte presentó ante la Gerencia Municipal de urbanismo para construir plazas de garaje en el subsuelo de la finca. El informe del perito judicial se afirma que analizado el proyecto presentado lo considera conforme a las determinaciones del Planeamiento existente. Es más, consta en el procedimiento un informe de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, fechado el 1 de abril de 2011, respondiendo a la petición formulada por el Tribunal Superior de Justicia, en relación con la licencia de obras solicitada en su día (el 17 de septiembre de 2003) en el que se afirma que el 30 de diciembre de 2003 se informó favorablemente por la sección técnica del servicio de licencias el citado proyecto, en función de las determinaciones del Planeamiento, concluyéndose que la licencia solicitada se ajustaba a la legislación y al planeamiento urbanístico de aplicación, aunque no se dictó resolución expresa, pero se entiende otorgada por silencio pero no existe constancia de la ejecución de tales obras por lo que se podría considerarse caducada, aunque dicha caducidad no haya sido dictada.

Del conjunto de la prueba practicada queda acreditado que, según los instrumentos urbanísticos vigentes en el momento de la valoración, era posible la construcción de plazas de garaje sobre el subsuelo de la finca expropiada, así lo pone de manifiesto el informe de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla antes reseñado y el informe del perito judicial, y así se desprende también del hecho de que en la parcela colindante sujeta a la misma ordenanza se permitiese la construcción de plazas de garaje. Queda también acreditado, a

tenor de los informes periciales emitidos, que la parte de la finca afectada por la servidumbre permanente y las bandas colindantes de protección impiden el aprovechamiento urbanístico del subsuelo.

La sentencia de instancia prescindió de todos estos elementos de prueba, limitándose a afirmar que no resulta acreditado la pérdida de aprovechamiento alguno bajo rasante, incurriendo por ello en una valoración arbitraria e ilógica de la prueba practicada. Lo que determina la estimación del motivo de casación respecto de este extremo.

Para valorar esta limitación, el perito coincide en este punto con la hoja de aprecio presentada por el expropiado y considera un garaje de dos plantas referido a los 2.457 m² afectados por la servidumbre y lo valora a razón de 541,90 €/m²s conforme al método residual dinámico, que incrementado en un 5% de afección determina una indemnización por importe de 1.398.029,72 €, valoración que no ha sido cuestionada de contrario, por lo que se admite la cantidad fijada por tal concepto.

Por lo que respecta a la pérdida de edificabilidad sobre rasante de la parcela, el informe pericial judicial utiliza los datos técnicos sobre la posibilidad edificatoria según la Ordenanza zonal. A tal efecto calcula la edificabilidad total de la parcela y la superficie construida, lo que le lleva a determinar la edificabilidad disponible (no agotada) en la parcela, pero para el cálculo de la indemnización tan solo computa lo que considera una ampliación razonable del 35% de lo actualmente construido, en atención al uso docente, y calcula la edificabilidad que no sería realizable en atención a la superficie ocupada y las bandas colindantes por la servidumbre impuesta en un 50%, lo que supone 7.017 m²t como el aprovechamiento materializable que resultaría impedido por la servidumbre impuesta. Esta edificabilidad la valora conforme al valor básico de repercusión fijado por la Ponencia Catastral (563,66 €/m²t) y calcula la valoración del m² edificable en la parcela en 225,40 €/m²t, al que añade el 5% de afección para determinar un importe final de 1.661.155,46 €.

En definitiva, también sobre este extremo existe una prueba pericial convincente sobre la pérdida de la edificabilidad sobre rasante que la implantación de la servidumbre permanente supone. Las características de la obra ejecutada, a escasos metros del suelo, impide que en la superficie afectada por dicha obra y en su zona de protección se pueda materializar la edificabilidad restante que le correspondía conforme a los instrumentos de planeamiento existentes, por lo que al impedirse cualquier clase de construcciones o edificaciones, se produce una auténtica privación de las facultades del dueño del suelo urbano, equiparable a un efectivo desapoderamiento o privación de dicho suelo, por lo que dicha limitación implica un gravamen que debe indemnizarse.

También en este punto ha de estimarse el recurso de casación por entender que el tribunal de instancia realizó una valoración ilógica de la prueba practicada, debiendo valorarse la pérdida de edificabilidad sobre rasante causada por la servidumbre permanente en el importe fijado en el informe pericial, considerando que también debe incluirse el 5% del premio de afección, pues aunque el establecimiento de una servidumbre permanente no supone la pérdida de la propiedad del suelo sino una limitación en el uso del dominio, lo que ha motivado que algunas sentencias hayan rechazado el premio de afección en estos casos (SSTS de 5 de octubre de 1979 y 20 de junio de 1994), la jurisprudencia mayoritaria, representada por la STS de 7 de noviembre de 1997 , 9 de mayo y 19 de noviembre de 1979 y de 19 de diciembre de 2002 y más recientemente por sentencia del STS, de 10 de marzo de 2014 (Recurso: 29/2012), se ha inclinado por considerar que sí procede su inclusión, cuando la intensidad de las limitaciones que se establecen puede privarle del uso y disfrute del suelo, y en este caso la servidumbre impuesta le priva de la posibilidad de cualquier construcción o edificación de forma permanente indemnizándose esa pérdida o limitación. Por todo ello debe fijarse la indemnización por tal concepto en 1.661.155,46 €.

En virtud de lo expuesto procede estimar los motivos cuarto y quinto de su recurso de casación debiendo incrementarse el justiprecio fijado por la resolución del Jurado en las siguientes cantidades: 1.398.029,72 € por la pérdida de edificabilidad en el subsuelo y 1.661.155,46 € por la pérdida de edificabilidad sobre rasante.

SEXTO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ .

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el representante legal de "la Compañía de Jesús, Provincia Bética" contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 9 de mayo de 2013 (rec. 49/2010) que se casa y anula.



SEGUNDO.- Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante legal de la Compañía de Jesús, Provincia Bética, contra la el Acuerdo de 12 de marzo de 2010 adoptado por la Comisión Provincial de valoraciones de Sevilla, por el que se fijaba el justiprecio de la finca propiedad de la entidad recurrente (denominada SA-23 **Colegio** Porta Coeli) incrementando el justiprecio fijado por la resolución del jurado en las siguientes cantidades: 1.398.029,72 # por la pérdida de edificabilidad en el subsuelo y 1.661.155,46 # por la pérdida de edificabilidad sobre rasante.

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Octavio Juan Herrero Pina D^a. Margarita Robles Fernandez D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Jose Maria del Riego Valledor D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Diego Cordoba Castroverde D^a. Ines Huerta Garicano **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Diego Cordoba Castroverde** , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ