



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 8 / 1992

La Laguna, a 22 de septiembre de 1992.

Dictamen requerido por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre el *Proyecto de Decreto de autorización para la constitución de una servidumbre de paso sobre la parcela 190 del Cebadal, propiedad de la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas (EXP. 12/1991 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

Según los términos de la solicitud remitida por la Presidencia del Gobierno autónomo, en este Dictamen se analizará la adecuación jurídica -particularmente a la Ley 8/87, de 28 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma y su Reglamento, aprobado por Decreto 133/88, de 22 de septiembre- del Proyecto de Decreto de constitución de una servidumbre de paso en la parcela 190 de la Urbanización Escarlata, incluida en el Patrimonio de la Comunidad Autónoma, sita en la zona del Cebadal, lugar enclavado en el Municipio de Las Palmas de Gran Canaria, en base a un acuerdo precedente habido entre la Consejería de Hacienda y los propietarios de la parcela 190 bis, según el cual se permitiría utilizar la propiedad de la Comunidad como compensación a determinados perjuicios que, al parecer, fueron causados por la Administración autonómica.

II

Por lo que atañe a la correcta delimitación del objeto del Dictamen que de este Consejo se ha interesado, debe señalarse que la solicitud ha sido formulada, con carácter preceptivo, en relación con el Proyecto de Decreto de autorización de constitución de servidumbre de paso sobre la parcela 190 bis, identificando, como se

* **PONENTE:** Sr. Alcaide Alonso.

verá, erróneamente, la naturaleza de la misma, pues de la regulación que resulta de aplicación, Ley y Reglamento del Patrimonio de la CAC, se desprende que el gravamen sobre bienes y derechos patrimoniales requerirá, como luego se verá, la previa declaración de alienabilidad, dictada por el Consejero de Hacienda, previo informe del Departamento interesado cuando corresponda, art. 38.1, Ley 8/87, de 28 de abril, en tanto que conforme a aquella misma Ley sí es preceptivo el dictamen de este Consejo, art. 51.2, en el caso de transacciones y sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten sobre ellas, lo que se acordará por Decreto del Consejo de Gobierno a propuesta del Consejero de Hacienda. Sin perjuicio, por supuesto, de que posteriormente se podría solicitar dictamen, en este caso facultativo, sobre la servidumbre cuya conveniencia de constitución resulta de la transacción operada. Pero lo que interesa en este momento indicar es que la intervención de este Consejo es exigida por la Ley en la fase en que la Comunidad Autónoma transa o pretende transar con terceros sobre bienes o derechos de su Patrimonio, no sobre la articulación técnico jurídica de la solución resultante del negocio transaccional.

Por lo expuesto, y sin perjuicio de lo que ulteriormente se dirá en relación con el cumplimiento de los requisitos formales y materiales resultantes de la legislación autonómica de aplicación, este Consejo entiende que tal y como viene formulada la solicitud, la misma no tiene carácter preceptivo. Ahora bien, ello no empece que este Consejo, en su función de velar por la integridad del Ordenamiento que le asigna su Ley constitutiva, extienda su análisis a otros extremos deducidos de las actuaciones, de incidencia directa en el expediente de constitución de servidumbre, cualificada se diría, de los que resultará que se debiera haber solicitado con carácter preceptivo y previo Dictamen sobre el negocio transaccional.

Expresado en los términos indicados el alcance del expediente que ha sido remitido a este Consejo, en los Fundamentos que siguen se abordará el análisis pormenorizado de las distintas cuestiones que en el mismo se plantean, y que son el acuerdo extrajudicial convenido y la constitución de la servidumbre de paso resultante de aquél.

III

Tal y como se ha expresado anteriormente, la legislación de Patrimonio, arts.51.2, Ley 8/87 y 102 de su Reglamento, dispone que las transacciones se acordarán a propuesta del Consejero de Hacienda previo Dictamen del Consejo

Consultivo de Canarias. Al respecto, distintas son las cuestiones que plantea la transacción que resulta del expediente remitido; unas, de índole formal o procedimental, y otras de carácter sustantivo o material; es decir, relativas a la concurrencia de los elementos objetivos que determinan la necesidad o conveniencia de establecer un acuerdo en condiciones tales que el convenio resulte favorable para los intereses públicos.

1. De carácter formal, aunque de efectos significativos para la corrección técnico jurídica del negocio transaccional, hay que observar, como se indicó en el Fundamento anterior, que la intervención de este Consejo Consultivo lo es siempre con carácter previo a que por Decreto gubernamental se resuelva el correspondiente expediente. La defensa de la integridad del Patrimonio autonómico obliga a que las transacciones concertadas en su caso minusvaloren, de ser inevitable el hecho, en la forma más leve posible los bienes y derechos constitutivos de aquél. Es por ello, por lo que la legislación patrimonial reguladora de la enajenación y gravamen del Patrimonio autonómico sujeta la realización de tales operaciones al cumplimiento de determinados requisitos y procedimiento. En este punto, no podemos por menos que señalar que el expediente transaccional -que no se ha tramitado de forma autónoma y con carácter previo, sino de forma colateral al de constitución de servidumbre-, se culminó, es decir, se resolvió, sin que este Consejo se hubiera pronunciado sobre los términos en que el negocio transaccional estaba planteado.

En este sentido, debe señalarse que bajo la apariencia formal de un único expediente se han incoado lo que en realidad son dos expedientes distintos pero paralelos, unidos en una suerte de relación de causa a efecto, aunque cada uno ostenta una singularidad jurídica y persigue unos fines precisos delimitados en el Ordenamiento. Sólo es circunstancial que en este caso ambos tipos de expedientes tengan un mismo fin mutuamente condicionado, pues no toda transacción concluye necesariamente en la constitución de una servidumbre, ni la constitución de un gravamen de esta naturaleza tiene necesariamente como origen un negocio transaccional.

Si lo expresado responde a lo querido por el instructor del expediente, es decir, tramitación conjunta y simultánea de ambos tipos de negocios jurídicos, así se debiera haber acordado al amparo de lo dispuesto en el art. 73 de la Ley de

Procedimiento Administrativo, que permite la acumulación de expedientes conexos, cumpliéndose en cualquier caso con los requisitos legalmente previstos para uno y otro tipo de actuaciones, pero sin que, en ningún caso, se puedan alteren aquéllos o se permuten, exigiéndose para un tipo de negocio -en este caso la constitución de la servidumbre- el cumplimiento de un requisito formal -Dictamen preceptivo de este Consejo-, que la legislación contempla exclusivamente para el negocio transaccional.

La expresada confusión motivó precisamente que en Informe de los Servicios Jurídicos de 29 de enero de 1991 se indicara que "el carácter de las instituciones no deriva de la denominación que, subjetivamente, se asigna a las mismas sino que es consecuencia de su verdadera naturaleza legal. De hecho se colige que el acuerdo de las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa para evitar la provocación de un pleito, constituye el contrato de transacción (art. 1.809 del Código civil) (...). Las transacciones exigen su acuerdo por Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Hacienda, previo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias (...). De no observarse tales exigencias la Resolución dictada estará viciada en grado de nulidad radical o absoluta (art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo), lo que constituye defecto que incide en el área del orden público, que puede ser apreciado aún de oficio por los Tribunales de Justicia".

En este punto, se ha de indicar que la parte expositiva del Proyecto de Decreto de autorización aclara que la misma "es producto del acuerdo entre la Consejería de Hacienda y los propietarios de la parcela 190 bis a la que se le causó daño con motivo del vaciado de tierras realizado en el solar de propiedad pública", haciéndose asimismo expresa referencia a la legislación transaccional (arts.1809 del Código civil, 51 Ley 8/87 y 102 del Decreto 133/88). Sin embargo, en su parte dispositiva se alude sólo a la autorización de constitución de servidumbre, respecto de lo que se ha solicitado dictamen, sin que pueda entenderse sanada la omisión del mismo sobre el negocio transaccional subyacente lo que, como indicó los Servicios Jurídicos, podría dar lugar a la nulidad del expediente transaccional.

Dentro de este orden de consideraciones, aunque de índole menor, hay que significar que del expediente remitido resulta que las actuaciones previas, constitutivas de lo que a la postre fue una transacción extrajudicial, se articularon no de forma autónoma y procedimentalmente ordenada reflejándose en un documento que expresivo de las posiciones y pretensiones mantenidas y defendidas por ambas

partes tradujera el alcance del acuerdo al que se pretendía llegar. Por el contrario, las actuaciones relativas o atinentes a la transacción aparecen con carácter meramente complementario del expediente formalmente incoado, debiendo indicarse en este punto que en contra del principio documental expreso que rige el procedimiento administrativo, máxime en expedientes en los que de una u otra manera se incide en el Patrimonio de la Comunidad Autónoma, gran parte de las negociaciones sostenidas en relación con la necesidad y/o conveniencia de constituir la indicada servidumbre tuvieron carácter verbal, sin que las mismas se documentaran fehacientemente.

2. De carácter estrictamente material o sustantivo son las observaciones que en relación con el negocio transaccional se formulan seguidamente, al hilo de los documentos obrantes en el expediente remitido a este Consejo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, conforme dispone el art. 1809 del Código civil, el contrato de transacción es aquel por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado. El *timor litis*, en efecto, es el elemento causal que impulsa a ambas partes, persuadidas de la viabilidad sustancial de sus pretensiones y títulos, a aproximarse entre sí, cediendo o reteniendo con ánimo de obtener una posición jurídica estable respetada de adverso e incontestada merced a su formulación convencional que el legislador eleva a condición de cosa juzgada (art. 1816 del mismo Código). Debe existir, pues, para que la Comunidad Autónoma ceda a través de un negocio transaccional derechos o facultades que le pertenecen en cuanto titular, una razonable duda cuando menos en cuanto a la inatacabilidad de su posición jurídica de forma tal que exista la probable certeza de que en caso de que el conflicto de intereses se sustancie en el orden jurisdiccional el mutuo interés, también el interés público, podría verse negativamente afectado. La transacción, pues, no puede convertirse en un instrumento técnico de pérdida o renuncia de derechos sobre el Patrimonio de la Comunidad cuya integridad sólo es excepcionada legalmente en los supuestos y con los requisitos previstos en la legislación aplicable.

La aplicación de lo expresado al supuesto del que conoce este Consejo y la determinación, consecuentemente, de la correcta utilización del negocio jurídico indicado para resolver el conflicto de intereses que enfrenta a la Comunidad

Autónoma y al titular de la parcela 190 bis obliga, dada la inexistencia, como se vio, de un expediente propiamente transaccional, a depurar de las actuaciones realizadas aquellas que ostentan tal naturaleza.

3. Como punto de partida, se ha de señalar que de la parte expositiva del Proyecto de Decreto sometido a consideración de este Consejo se desprende que fue la ocasión de un daño a la parcela 190 bis indicada, al parecer imputado a la actuación administrativa autonómica, lo que motivó, como reparación del mismo, la incoación del expediente de constitución de servidumbre en los términos que resultan del negocio transaccional confusamente plasmado en las actuaciones. Nada hay que objetar a que la reparación o indemnización del daño ocasionado por la Comunidad Autónoma sea reparado conforme previene el Ordenamiento, mediante la constitución, en este caso, de una servidumbre, si ésta es la mejor forma de defender los intereses públicos. Pero, en principio, dada la naturaleza de los hechos, habría que acudir al expediente de indemnización por daños previsto en los arts.40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 106.2 de la Constitución, conforme a los cuales 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 en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. El texto constitucional refiere, como es sabido, no sólo a la indicada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo art. 40.1 transcribe, sino también a la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y a su Reglamento, aprobado por Decreto de 16 de abril de 1957.

Ahora bien, la utilización, como instrumento compensatorio, del instituto de la servidumbre, cuyo estudio y análisis se hará en el Fundamento siguiente, no puede, - aún cumpliendo todos los requisitos que para imponer tal gravamen sobre Patrimonio autonómico exige la legislación-, soslayar los requisitos sustantivos y materiales deducidos de la legislación aplicable en expedientes de indemnización por daños. Conforme la legislación de expropiación forzosa (arts.121 de la LEF y 133 y ss. del REF), procederá la indemnización de los daños ocasionados a los particulares cuando los mismos sean imputables, por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al titular de la actividad o servicio que los ocasiona. Asimismo, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e

individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Finalmente, el derecho a reclamar prescribe al año del hecho que motivó el daño (art. 122 LEF).

Del expediente resulta que "hace unos años" se procedió al vaciado de tierras en todas las parcelas hasta alcanzar una cota media de -6,50 metros respecto de la calle o vial III causando daños a las aceras y a la parcela 190 bis, en la que existe una construcción de tres plantas, perteneciendo el sótano y la segunda planta a la Agencia G. S.L. habiendo solicitado dicha compañía la reparación del daño o la construcción de un muro de contención entre las parcelas 190 y 190 bis, lo cual, según tasación del Servicio de valoración de esta Consejería, ascendería a la suma de cuatro millones quinientas mil pesetas. "Entablada negociación (...) se llegó a una solución satisfactoria para ambas partes (...). La entidad A.G., S.L., construiría el muro de contención a su costa y, además, la Comunidad Autónoma canaria le permitiría la construcción de una rampa que daría acceso a sótano del edificio construido en la parcela 190 bis (...) rampa que iría sobre la parcela 190 propiedad de la Comunidad Autónoma de Canarias. Dicha rampa (...) sería de utilidad a la Administración toda vez que sería el acceso al garaje de la nave que la Consejería tiene previsto construir en la referida parcela (...). Asimismo, la Administración permitiría practicar en la edificación vecina huecos de luces a la altura de los techos".

De lo expresado, parece deducirse que los daños producidos en la propiedad colindante a la parcela 190 bis se ocasionaron por un "vaciado de tierras" en el terreno propiedad de la Comunidad Autónoma, solicitando el perjudicado la "reparación del daño o la construcción de un muro de contención entre las parcelas 190 y 190 bis". Esta manifestación, que coincide sustancialmente con el Preámbulo del Proyecto de Decreto, no refleja, sin embargo, todas las incidencias habidas en relación con las fincas colindantes. Por lo que atañe a la titularidad de ambas ha de significarse que la de la Comunidad Autónoma fue adquirida por la extinta JIAI a la C.O.M.D.E.C.A., S.A., siendo el documento público de formalización de compraventa de 31 de diciembre de 1975. Por su parte, la finca identificada como 190 bis surgió "como consecuencia de la cesión que la urbanización industrial Escarlata (el Cebadal) hizo al Ayuntamiento, correspondiente a la parcela 293 por lo que en compensación el Ayuntamiento creó la citada 190 bis de lo que era zona verde" operación que, según se expresa en Informe de abril de 1988, de la Secretaría General Técnica de la

Consejería de Hacienda, se llevó a cabo por el año 1982. Por tanto, por lo que a la imputación de daños atañe, ha de indicarse que si éstos al parecer fueron producidos a consecuencia del vaciado de tierras efectuado en la parcela 190, este vaciado se había producido con anterioridad a la fecha en que se constituyó la parcela 190 bis cuyo adquirente tuvo que haber conocido el estado físico de la parcela 190 colindante con la suya propia. Es por ello por lo que el citado Informe de 5 de abril de 1988, concluye considerando que "cuando la parcela 190 bis se adquirió por parte de quien fuera, se tenía conocimiento del estado actual del terreno, que es el que hoy ofrece, y por consiguiente, la reclamación pertinente debería hacerse al Ayuntamiento y no a los propietarios de los terrenos colindantes".

Lo relevante, en cualquier caso, es que la reclamación de los daños, admitiendo incluso que éstos se han producido, se ha hecho efectiva mucho más tarde del año que la Ley de Expropiación contempla para poder solicitar indemnización por daños, por lo que se puede decir que la misma es extemporánea.

4. En relación con la naturaleza de los daños que al parecer ha sufrido el titular de la parcela 190 bis, se significa que en escrito de 15 de diciembre de 1987 aquél puso en conocimiento de la Consejería de Hacienda su intención de proceder a "la construcción de una nave industrial en su parcela". Sin embargo, continua el interesado, en la medida que tras la excavación del solar de la Comunidad Autónoma no se ejecutó el pertinente muro de contención, "la construcción en la parcela 190 bis resulta imposible si no se desea hacer sótano, al necesitar un terreno compacto al lado del muro de contención del sótano de la parcela de esa Consejería para poder cimentar la pared lateral de la nave. Por otra parte, en la excavación del sótano de las parcelas de esa Consejería se produjeron desplomes de terreno que dieron lugar al hundimiento parcial de la acera de la calle a la que da su fachada, con la rotura de las redes de agua y electricidad de la urbanización", con lo que hasta que dichas redes no sean repuestas la parcela 190 bis carece de los suministros necesarios de agua y electricidad.

Son, por tanto, dos los tipos de daños ocasionados. El primero, el no poder construir dado que la Comunidad no ha levantado el pertinente muro de contención entre ambas fincas colindantes; el segundo, la rotura de las redes de suministro de servicios públicos ocasionada durante la excavación. En relación con éstos últimos, en escrito de 28 de enero de 1988, de la Secretaría General Técnica al Servicio de

Patrimonio, se expresa que "con esta fecha se va a proceder a la reparación de dichos desperfectos". Desde luego, la obligación de los propietarios de terrenos y urbanizaciones de iniciativa particular deben conservarlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, pudiendo los Ayuntamientos de oficio o a instancia de cualquier interesado ordenar la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones. Sin duda, las condiciones originales de las parcelas fueron alteradas por el hecho de la excavación, que produjo no solamente la rotura de las redes de suministro indicadas sino también el derrumbe parcial de las aceras, lo que motivó la incoación por el Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria del expediente para proceder al vallado de las parcelas propiedad de la Comunidad Autónoma, lo cual según se expresa en Informe de la Consejería de Hacienda de 26 de octubre de 1987, se exigía no sólo como medida de protección y seguridad sino también para impedir que el solar siguiera utilizándose como vertedero incontrolado. En relación con estas últimas obras, consta en el expediente una solicitud de presupuesto de ejecución cuyo importe ascendía a 5.306.100 pts.; obras que, se supone, habrán sido ya ejecutadas de conformidad con lo incoado por el Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas y respecto de lo que nada hay que objetar, pues las mismas eran debidas, conforme a la legislación urbanística aplicable, que obliga al propietario a conservar sus fincas en condiciones de seguridad y salubridad.

Por lo que atañe a los otros daños ocasionados al titular de la parcela 190 bis, es decir, el impedirle construir en su parcela en tanto que la Comunidad Autónoma no construya un muro de contención, reclamación que como reiteradamente se ha expresado es la que sustenta el expediente compensatorio de constitución de servidumbre, se han de hacer las siguientes observaciones.

En primer, lugar se ha de reiterar el hecho de que cuando el actual titular adquirió la parcela 190 bis, ya conocía, porque ese era su real estado, las condiciones físicas de la finca. Es decir, no fue una actuación reciente de la Comunidad Autónoma la que, como consecuencia, impide construir en el solar anejo. Por lo que, desde este punto de vista, ninguna reclamación podía hacerse a la Comunidad Autónoma porque, entre otras cosas, ninguna obligación tenía ésta de construir un muro de contención entre ambas fincas. A lo sumo, la Comunidad Autónoma tenía la obligación, y como ya se ha expresado se incoó el pertinente expediente municipal, de mantener su solar en condiciones de seguridad, lo que le obligaba a su vallado siendo este medio el que

serviría de separación física entre ambas fincas colindantes. Distinto sería si la obra de excavación fuera consecuencia de una previa licencia municipal que obligaba a su titular al cumplimiento de determinadas obligaciones que, al incumplirse, pudieron haber ocasionado lo que podría ser una limitación a las facultades del propietario de la parcela 190 bis. Sin embargo, como no constan, de existir, los antecedentes del correspondiente municipal de obras, no es factible depurar una posible responsabilidad autonómica por omisión de la que hacer derivar el correspondiente derecho del particular afectado a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos.

En segundo lugar, el anterior pronunciamiento debe ser en todo caso relativizado por cuanto que en el expediente constan actuaciones que alteran las posiciones iniciales mantenidas por ambas partes y que devalúan lo que empezó siendo una reclamación de indemnización por daños para ser pura y simplemente de constitución de servidumbre, al amparo de un negocio transaccional. En efecto, ha de recordarse que la originaria petición del particular era la de reparación de los daños o, en su caso, la construcción de un muro de contención. Como se expresó, no se identifican cuáles son los daños producidos, aunque, al parecer, y así se desprende del expediente, la construcción de ese muro de contención los repararía. Ahora bien, el planteamiento inicial sostenido por el particular en su reclamación se autodestruye en la medida en que la limitación a su derecho a edificar se produciría sólo si construyera a partir de la cota cero, es decir, a nivel de acera del vial III -pues, en efecto, en este caso se necesitaría el ya mencionado muro de contención que soportara lo edificado y evitara el derrumbe-. Pero, si se construyera a nivel de lo ya excavado en la parcela propiedad de la Comunidad Autónoma (cota -6,50) no sería necesario ejecutar el mencionado muro de contención por no existir ya la causa que exigiría su construcción, pudiendo asentarse la cimentación del edificio en la cota indicada y edificar de conformidad con la licencia otorgada. Y esto es lo que, según resulta del reportaje fotográfico que obra en el expediente, ha realizado el titular de la parcela 190 bis, el cual, en la medida que ha edificado a nivel -6,50, ninguna lesión en su derecho ha sufrido.

En este sentido, se ha de significar que cuando se incoó el expediente de constitución de servidumbre, Orden de 21 de junio de 1990, ya existía en la parcela 190 bis una construcción de dos plantas y sótano. En tal punto es cuando el expediente que empezó siendo de reclamación de daños y consecuente solicitud de construcción del muro de contención se convierte en un expediente de constitución

de servidumbre sobre la parcela 190 para facilitar al titular del edificio sobre la parcela 190 bis la entrada a su sótano. Consta en el expediente que de la negociación dirigida personalmente por el Excmo. Sr. Consejero se llegó a la satisfactoria solución según la cual el titular del edificio construido en la parcela 190 bis construiría a su costa el muro de contención pero, en contrapartida, la Comunidad constituiría la servidumbre de paso sobre la parcela 190 a su favor. Ahora bien, al no existir obligación de la Comunidad Autónoma de construir el citado muro de contención cae por su base la causa misma del negocio transaccional, pues razonablemente de los datos que obran en el expediente no parece deducirse que pudiera prosperar la reclamación judicial que el particular hubiera podido interponer, como indica en su escrito de 15 de octubre de 1988.

5. La constitución de la servidumbre de paso solucionó, pues, *a posteriori* determinadas necesidades del titular del edificio indicado, aunque, por lo anteriormente razonado, la misma no es consecuencia necesaria de unos daños realmente no producidos, sino que deriva de una utilidad recíproca, al permitir la rampa acceder a la planta sótano tanto del particular como del futuro edificio que la Comunidad Autónoma construya en la parcela 190.

Pero, en rigor, el muro construido no es sino el lateral del edificio, levantado a costa de su titular, pues sólo a él le correspondía sufragar su coste, por lo que no debiera haber sido objeto tampoco del negocio transaccional. Ello sólo ocurriría si se hubiera construido un muro de contención sobre el que ambos titulares apoyaran sus respectivas construcciones. Muro que, de conformidad con el art. 575 del Código Civil se costearía por los dueños a cuyo favor se constituya la medianería en proporción al derecho de cada uno. En este sentido, ésta fue la oferta efectuada por el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda, según consta en escrito de fecha 17 de febrero de 1989, dirigido por el titular de la parcela 190 bis a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, al que acompañaba el Proyecto de obra de construcción del indicado muro, sugiriendo repartir "los gastos al 50%". Esta solución, que a la postre no fue estimada, hubiera hecho innecesaria la constitución de la indicada servidumbre de paso. Sin que del expediente resulte ni conste las razones por las que se abandonó un proyecto que estuvo a punto de ejecutarse y se permutó por otro más gravoso para la integridad del Patrimonio de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, al parecer, como ya se expresó, fue la futura utilidad de la rampa construida la que motivó la conveniencia -que no necesidad pues a ello, conforme se ha expresado, no estaba obligada la Comunidad Autónoma-, de constituir la servidumbre de paso. Ahora bien, en el expediente no se constata ni se expresa el destino que la Comunidad Autónoma tiene previsto para la parcela 190 y anejas y, consecuentemente, no se deduce si conforme al mismo sería útil la constitución de la servidumbre. Por ello, faltan ciertos elementos de juicio determinantes, en suma, del grado de necesidad o conveniencia de su constitución, así como de la posibilidad de haber adoptado conforme a la Ley de Patrimonio alguna otra solución en Derecho. En cualquier caso, para finalizar este capítulo de observaciones, lo que sí hay que dejar claro es que la constitución de la servidumbre no fue un acto debido a una necesidad impuesta por el Ordenamiento o a un *timor litis* razonable, sino a un acto discrecional de la Administración, no habiéndose valorado convenientemente la verdadera dimensión del conflicto de intereses, pues la posición de la Comunidad Autónoma, en realidad, es más sólida de lo que el expediente parece traslucir.

IV

1. Conforme a lo ya expresado inicialmente, el gravamen de los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma se deberá efectuar con los requisitos establecidos para su enajenación (arts.38.1, Ley 8/87 y 108 y ss. de su Reglamento). Conforme a los indicados preceptos, la enajenación -y, consecuentemente, gravamen- de los bienes inmuebles patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Canarias requerirá la previa declaración de alienabilidad, debiéndose acreditar en el expediente la naturaleza no demanial del bien; la conveniencia de la enajenación, o en este caso, de constitución el gravamen, por no ser necesario para las funciones a desarrollar para la Comunidad Autónoma; la descripción física del bien, que no podrá encontrarse en litigio; la incorporación de la ficha de la inscripción del bien en el Inventario, así como Informe del Departamento que tenga encomendada la administración o gestión del bien (arts.108 y 109 del Reglamento). Asimismo, de conformidad con lo que dispone el art. 110 del mismo, se deberá, con carácter previo a la constitución de la servidumbre, depurar la situación física y jurídica del inmueble, tasar la finca por perito designado al efecto por la Consejería de Hacienda y formular la correspondiente hoja de tasación, que será informada por los Servicios jurídicos y la Intervención General de la Comunidad Autónoma, tras la que será aprobada por la Consejería de Hacienda.

De los requisitos y exigencias detallados, que deben tener carácter previo a la constitución material de la servidumbre, resultan acreditados la declaración de alienabilidad, hecha pública por Resolución de 16 de octubre de 1990, Boletín Oficial de Canarias nº 137; la naturaleza no demanial de la finca indicada; la descripción física de ésta, sobre la que no pende litigio, y el Informe del Departamento responsable de su gestión. Sin embargo, y por lo razonado precedentemente, no existe Informe justificativo de la no necesidad del bien sometido a gravamen para el ejercicio de las funciones a desarrollar por la Comunidad Autónoma, lo que, en cualquier caso, parece desprenderse del expediente, dado el estado de abandono en que se encontraba. En relación con lo expresado, ha de indicarse que en un futuro más o menos próximo la Comunidad Autónoma tiene previsto construir en las citadas parcelas. Pudiera ser por ello que en un futuro la indicada servidumbre fuera incompatible con el uso o destino que se dé a lo edificado. Lo que parece no existir, sin embargo, es la tasación de la finca gravada por la servidumbre y, en su caso, la minusvaloración patrimonial que supone la indicada carga, que formalmente aparece compensada por una utilidad futura incierta y no debidamente acreditada en el expediente. Lógicamente. Tampoco existen los Informes preceptivos de los Servicios jurídicos y de la Intervención General de la Comunidad Autónoma y la correspondiente aprobación por parte de la Consejería, requisitos incumplidos sin los cuales aquel gravamen no puede constituirse.

En cualquier caso, la observación de más entidad que se puede hacer al expediente de constitución de servidumbre es que la rampa, soporte material de la misma, se encuentra ya construida, tal y como comunica el titular de la parcela 190 bis a la Consejería de Hacienda en escrito de fecha 5 de abril de 1990, y consta en Informe del Arquitecto Técnico de la Comunidad Autónoma de fecha 4 de abril de 1990, siendo así que el escrito de solicitud de Dictamen a este Consejo es de 17 de junio de 1991.

2. Resumiendo todo lo dicho hasta aquí, que ha conocido este Consejo el mismo, el mismo se incoó inicialmente para compensar ciertos daños producidos al titular de la parcela 190 bis, como consecuencia de la excavación efectuada en la parcela 190, propiedad de la Comunidad Autónoma de Canarias. No se acredita, sin embargo, que se hubiera producido algún daño jurídicamente indemnizable, ni imputable a la Comunidad Autónoma, salvo que ésta hubiera incumplido los términos de la licencia

de construcción y/o excavación lesionando consecuentemente los derechos y expectativas del titular colindante, extremos que no resultan acreditados en el expediente. No había, consecuentemente, causa suficiente para que la Comunidad Autónoma transara, cediendo parte de los derechos que sobre su Patrimonio posee, toda vez que conforme resulta del expediente y según disponen las normas que resultan de aplicación, no le era exigible a la Comunidad Autónoma la actuación que el particular le reclamaba.

El aparente perjuicio que la actuación de la Comunidad Autónoma ocasionó a la parcela 190 bis derivaba del hecho de que sin muro de contención no podría edificar a partir de la cota cero de nivel. Pero, según resulta acreditado del reportaje fotográfico obrante en las actuaciones, la construcción del inmueble se inició en la cota -6`50, es decir, a ras de lo excavado en la parcela 190, por lo que, sea de quien fuere la obligación de construir el muro, la construcción de éste ya no era necesaria. Siendo esto así, de las negociaciones entabladas en el negocio transaccional resultó el ofrecimiento por parte de la Comunidad Autónoma de constituir una servidumbre de paso sobre el Patrimonio autonómico a favor del titular de la parcela colindante, indispensable para que éste pudiera acceder a la planta sótano.

Sin embargo, conforme se razonó anteriormente, el supuesto daño producido ni es imputable a la Comunidad Autónoma, ni, de hecho, existe, por lo que la constitución del gravamen sólo se fundamenta en que en el futuro la Comunidad Autónoma podría utilizar la rampa cuando accediera a edificar el solar que allí se encuentra, sin que se deduzca del expediente si esa eventualidad está prevista, ni el destino que va a tener el solar, ni si esa servidumbre es necesaria o útil para los intereses de la Comunidad Autónoma. Por lo que atañe a la constitución de la servidumbre, se han incumplido algunos de los requisitos previstos en la legislación de Patrimonio para el gravamen de los bienes patrimoniales inmobiliarios. En cualquier caso, se ha de significar que la construcción de la rampa fue hecha con anterioridad a la incoación de expediente de constitución de servidumbre y ambos actos son previos a la solicitud de dictamen de este Consejo.

C O N C L U S I O N E S

1. Según se ha razonado en los Fundamentos II y III, no se acredita debidamente en el expediente que el daño ocasionado sea imputable a la Comunidad Autónoma. En

cualquier caso, de existir, su reclamación sería extemporánea. Consecuentemente, no resulta la necesidad de que la Comunidad Autónoma hubiera convenido sobre bienes de su Patrimonio; no quedando por ello debidamente fundamentado el *timor litis* que sustenta el negocio transaccional del que ha derivado la pretendida constitución de servidumbre.

2. Según se razona en el Fundamento IV, no parecen concurrir todos los requisitos sustanciales previstos en la legislación de Patrimonio para la constitución del gravamen a que se contrae el expediente del que ha conocido este Consejo.