



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 4 / 1 9 9 5

La Laguna, a 21 de septiembre de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por M.I.M.N.E., M.F.G.P., F.M.N.E., M.J.T.D.L. y S.D.Y. (EXP. 69/1995 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto de este Dictamen es la Propuesta de Orden por la que se resuelve la reclamación de indemnización referenciada en el encabezado, habiendo sido aquél preceptivamente solicitado por la Presidencia del Gobierno autónomo en cumplimiento de lo dispuesto en de los arts. 11.1 y 10.6 de su Ley de creación, en relación éste con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993.

El análisis de la adecuación jurídica de la citada Propuesta al Ordenamiento jurídico se efectuará sobre la base de lo dispuesto en la ordenación reguladora del instituto de responsabilidad administrativa y del uso del suelo, por su propia naturaleza o por ausencia de normativa de la Comunidad Autónoma (cfr. arts. 149.1.18 de la Constitución, CE; 29.11 y 32.2 del Estatuto de Autonomía, EAC; y 33.1 de la Ley autonómica 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias), y en la normativa autonómica procedimental aplicable (cfr. arts. 32.2 y 3, EAC).

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

2. El procedimiento referido se inició el 4 de agosto de 1994 por I.M.N.E., F.M.N.E., M.F.G.P., M.J.T.L. y S.D.Y. mediante escrito en el que reclaman cada una la cantidad de 213.974 ptas. en concepto de indemnización por los daños sufridos "por la inactividad, pasividad y permisividad de la Administración autonómica en la protección de los derechos que en la Ley de Viviendas de Protección Oficial se regula para el amparo de los administrados".

Todas las reclamantes adquirieron en su día, en marzo del año 1986, y por los correspondientes contratos de compraventa documentados en escritura pública, su respectiva vivienda de protección oficial y promoción privada en el edificio T., en Santa Cruz de Tenerife, haciéndolo todas ellas a J.P.M.D. por precios que oscilaban entre 6.479.807 y 6.965.575 pesetas, parte entregado al vendedor y parte como cuantía de la hipoteca que gravaba la finca en la que se subrogaban los compradores, menos M.F.G.P., que lo hizo a otros vendedores por un precio de 5.600.000 pesetas en junio de 1986.

Precedentemente, el vendedor había aceptado, a través de Acta notarial de 15 de octubre de 1983, las condiciones sobre licencia de construcción del edificio en cuestión fijadas en Acuerdo del día 3 del mismo mes y año tomado por la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Santa Cruz, de modo que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 458/1972, al efecto aplicable en este punto, se condicionaba la expropiación del terreno a utilizar a la asunción de los costes de urbanización correspondientes. A continuación, el 18 de octubre de 1985, el indicado Ayuntamiento aprobó el proyecto de urbanización, con su ámbito de delimitación, del sector afectado y el 31 de octubre de 1986 adoptó Acuerdo de liberación de expropiación, que se publicó en el BOE el 5 de enero de 1987.

Precisamente, después de producido el traspaso de la propiedad de las viviendas de las que se trata, salvo la de F.G.P., por Resolución de 17 de abril de 1986 el Ayuntamiento remitió a J.P.M.D. la liquidación que en principio le correspondía en los gastos de urbanización de la zona y que ascendían a 13.290.327 pesetas, advirtiéndosele por Resolución de 5 de diciembre de 1986 que a partir de la publicación en el BOE del Acuerdo municipal referido empezaba a correr el plazo para abonar la antedicha cantidad voluntariamente. Sin embargo, al alegar J.P.M.D. que ya no era propietario de las viviendas y, por ello, sujeto obligado a abonar los costes de urbanización, el Ayuntamiento giró las oportunas liquidaciones individuales

a los respectivos propietarios, incluidos los reclamantes, en montantes proporcionales a lo fijado en cada escritura de división de propiedad horizontal.

Ante esta circunstancia, los reclamantes recurrieron esta decisión en vía administrativa y luego jurisdiccional, pero los recursos fueron desestimados no sólo por la Administración competente, sino también por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, cuya Sentencia 398/90 consideró ajustadas a Derecho las referidas liquidaciones individuales. Entonces, las reclamantes formularon en mayo de 1991 denuncia ante la Dirección General de la Vivienda de la Administración autonómica contra J.P.M.D., entendiéndose que éste, como promotor, había cometido la infracción grave contemplada en el art. 153.c).1 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (RVPO), aprobado por Decreto 2.114/1968; solicitando que en consecuencia y conforme al art. 155 del citado RVPO se obligara al promotor-vendedor a devolverles, en cuanto compradoras, la cantidad que habían debido pagar al Ayuntamiento por los costes de urbanización.

Pero los procedimientos sancionadores fueron culminados por Resoluciones de la indicada Dirección General, de 18 de noviembre de 1991, que determinaban el archivo de los correspondientes expedientes y denuncias, al entenderse que los hechos no se subsumían en el tipo previsto en el art. 153.c).1 RVPO, en relación con el art. 112 de éste. Recurridas en alzada estas Resoluciones ante la Viceconsejería de la Vivienda, la misma resolvió, confirmándolas, en Órdenes de 5 de noviembre de 1992, lo que fue recurrido por las denunciadas, y ahora reclamantes, ante el TSJC, que por Sentencia 365/94 desestimó el recurso contencioso-administrativo al considerar que estando prescritas las supuestas infracciones denunciadas, no procedía el análisis de las cuestiones planteadas por las recurrentes y, por tanto, confirmaba las Resoluciones recurridas.

No obstante, como las reclamantes estiman que el pago de los costes de urbanización por ellas abonados como propietarios supone la percepción de un sobreprecio por el vendedor -en relación con el ya satisfecho por las mismas al comprarle las viviendas pues él debía haber asumido esos costes como promotor y, por consiguiente, se ha cometido por tal sujeto la infracción urbanística antes expresada- y al resultar que la Consejería de Vivienda no ha sancionado al infractor, obligándole a devolverles el montante de ese sobreprecio, los señalados reclamantes

entienden que esto implica una actuación de la Administración autonómica, relacionada con el funcionamiento del servicio público correspondiente que lesiona sus derechos. Razón por la que han interpuesto la oportuna reclamación de indemnización por daños ante el órgano competente de la citada Administración.

3. Por otra parte, dada la fecha de presentación de la reclamación de indemnización, resulta aquí aplicable la Ley 40/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) cfr. sus art. 139 y siguientes, así como el ya mencionado RPAPRP, previsto en los arts. 142 y 143 de dicha Ley, como esta misma regulación ha dispuesto (cfr. disposición transitoria segunda LRJAP-PAC y disposición transitoria única RPAPRP); lo que se ha respetado en la actuación administrativa analizada.

La Propuesta de Orden asimismo resuelve adecuadamente lo concerniente a los requisitos de admisibilidad de la reclamación previstos en la normativa aplicable. Así, los reclamantes están efectivamente legitimados para ejercer el derecho de que se trata, presentando la indicada reclamación, a la vista de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC en relación con los arts. 139 y 31.1.a) de ésta. Igualmente, dada la razón y objeto de la reclamación, cabría entender que aquella puede en efecto interponerse formalmente ante la Administración autonómica, pues en cuanto titular de una actividad en materia de vivienda calificable de servicio público sobre la que ciertamente tiene competencia constitucional-estatutaria (cfr. arts. 148.1.3 CE y 29.11, EAC), actúa facultades que conciernen al caso y, por ello, está legitimada pasivamente al respecto.

Ciertamente, se cumplen aquí otros requisitos legalmente exigidos, habida cuenta que se trata de un daño efectivo, económicamente evaluable e individualizado respecto a una persona o grupo de personas. Todo ello bien diferenciado de la cuestión de fondo, como hace la Propuesta, cual es determinar si tal supuesto daño debía ser soportado por las reclamantes, por ser jurídicamente procedente, por no haber sido atacado en el tiempo y forma jurídicamente debidos, o por no ser la Administración autonómica responsable de los mismos, y no existir por ello el necesario nexo causal entre los daños y la actuación de la Administración.

Asimismo, se cumple el requisito temporal dispuesto en el art. 142.5 LRJAP-PAC, conocidas, y contrastadas con igual precepto las actuaciones precedentes de los reclamantes.

Finalmente, aunque en general sea admisible que la Administración estime correcto el escrito de reclamación presentado, conviene recordar que el mismo debe ajustarse, no obstante otras posibilidades de actuación de los interesados garantizadas por la LRJAP-PAC, como es el trámite de vista y audiencia por cierto aquí correctamente realizado, a lo determinado en el art. 6 RPAPRP.

Y, una vez más, se ha de indicar que en la actualidad, estando vigente la Ley 30/1992 y dada la regulación de este Organismo, no resulta plenamente ajustado a Derecho que haciendo superflua la intervención del Consejo Consultivo o solapando la misma con la subsiguiente indebida confusión entre el objeto, naturaleza y fin de la función de este Organismo con la del Servicio Jurídico del Gobierno, o aún entre ambas instituciones, se evacue informe de dicho Servicio sobre la Propuesta de Orden, informe que culmina el expediente lo que obliga a que el Dictamen analice, como si fuera su objeto definitivo, el indicado informe.

II

Seguidamente, a la vista de la documentación obrante en el expediente remitido a este Organismo junto con solicitud de Dictamen y, naturalmente, de acuerdo con los parámetros jurídicos explicitados con anterioridad, analizaremos la adecuación de los Fundamentos de la Propuesta de referencia, contemplada la diversa argumentación en ellos contenida.

1. En lo concerniente al supuesto incumplimiento de la legislación urbanística que se alega producido por la Administración actuante, ha de señalarse que el art. 83.1 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del suelo y ordenación urbana (LRSOU), aprobado por Real Decreto 1.346/1976 -de aplicación al caso al no existir entonces normativa autonómica al respecto- previene que no podrá edificarse en suelo urbano hasta que la parcela sea calificable de solar; salvo que se asegure por los promotores la ejecución simultánea de urbanización y edificación mediante los medios garantistas de los art. 39 a 41 del Reglamento de Gestión Urbanística (RGU), asimismo aplicable.

En concordancia con todo esto, los arts. 16 al 18 del Real Decreto 3.148/1978, que desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978 sobre política de vivienda, en relación con los arts. 76.b), 79, 97 y 98, RVPO y la Ordenanza 5ª de las Ordenanzas

Provisionales de Viviendas de Protección Oficial (OPVPO), también obstan a que estas viviendas se puedan construir en terrenos sin servicios urbanísticos básicos; salvo que el promotor se comprometa a incluirlos en el proyecto, exigiéndose al efecto, primero, que se acompañe a la solicitud de calificación provisional dicho proyecto y el presupuesto de ejecución material de las obras de urbanización y, después, que la solicitud de calificación definitiva sea acompañada de la certificación del técnico director de las obras acreditando que las de urbanización son utilizables y, además, que la Administración lo compruebe antes de conceder esta segunda calificación.

Y sucede que la certificación final de las obras, evacuada por su director el 28 de noviembre de 1985, hace constar que todas las debidamente recogidas en el proyecto a ejecutar estaban en condiciones de uso y cumplían las normas establecidas para las viviendas de las que se trataba, mientras que la inspección de la Dirección General de Vivienda de la Administración autonómica, formalizada en informe del 3 de diciembre de 1990, confirmaba que el promotor había realizado la procedente urbanización del terreno que afectaba al edificio T. Al respecto, conviene señalar que el Ayuntamiento de Santa Cruz había aprobado, el 18 de octubre de 1985, el proyecto reformado de urbanización de la zona y que su ejecución fue contractualmente adjudicada al constructor-promotor J.P.M.D., habiendo sido esas obras recibidas definitivamente el 17 de noviembre de 1989.

Por consiguiente, y según viene a reconocer sustancialmente la Propuesta de Orden dictaminada, no parece deducirse de las actuaciones un incumplimiento por el promotor o por la Administración interviniente, tanto local como autonómica, de la normativa urbanística o administrativa de aplicación al asunto expuesto. Es decir, parece claro -sin que las argumentaciones de las reclamantes permitan negarlo o dudarle- que el promotor ejecutó las obras que estaba obligado a realizar y que ello fue suficientemente constatado por la certificación definitiva del director de las obras y por la Administración autonómica emisora de la cédula de calificación definitiva previa constatación a través de su Dirección General de Vivienda. Razón por la que, en fin, nada puede objetarse en este punto a la actuación administrativa proyectada.

2. Como acertadamente se indica en la Propuesta de Orden, ha quedado determinado suficientemente, incluso por vía jurisdiccional, lo siguiente: a) que eran conformes a Derecho las liquidaciones individuales practicadas por el Ayuntamiento

de Santa Cruz, además de que el eventual "perjuicio" por esto ocasionado -por otro lado directamente relacionado con un acto administrativo municipal al realizarse en ejercicio de funciones urbanísticas locales- se produce al situarse los adquirentes de las viviendas en la posición del promotor con la transmisión de aquéllas, en cuanto propietarios de las mismas, y no con la entrega de cédula de certificación definitiva; y b) que la supuesta infracción administrativa en la actuación urbanística alegadamente cometida por el promotor habría prescrito.

En esta línea, es claro que una posible reclamación por daños contra la Administración autonómica en relación con el asunto resuelto por la Sentencia 398/90 no sólo carece de base suficiente para prosperar -cabiendo por lo ya visto citar al respecto el art. 141.1 LRJAP-PAC- sino que sería extemporánea y, por tanto, inadmisibile (cfr. art. 142.5 de aquélla, en conexión con la fecha de notificación de dicha Sentencia). En particular, resulta cuestionable calificar de ilícito administrativo del promotor-vendedor el equiparar que los compradores-reclamantes satisfagan los gastos de urbanización al pago de un sobreprecio por la adquisición de las viviendas -cfr. arts. 112 y 153.c).1, RVPO, en concordancia con los arts. 29 del Texto Refundido de la legislación de Viviendas de Protección Oficial, LVPO, aprobado por Real Decreto 2.960/1976, y 56 del Real Decreto 3.148/1978, así como con la disposición transitoria décimo primera de éste-.

Así, prohibiendo la citada regulación que el vendedor perciba o reciba una prima o incremento sobre el tasado precio de una vivienda de protección oficial -es decir, una cantidad de dinero que exceda de la que corresponde a tal precio, según resulta del específico contrato de adquisición de esa vivienda (cfr. arts. 1.445, Código Civil y 11 del Real Decreto 3.148/1978)- difícilmente podría entenderse que las cantidades pagadas por los compradores-reclamantes al Ayuntamiento de Santa Cruz por las liquidaciones de los gastos de urbanización son sobreprecios de las compras efectuadas, sino materialización del cumplimiento de obligaciones legales urbanísticas que a ellos corresponde -cfr. arts. 3.2.d), 87.1 y 88 LRSOU, o 58 y 59 RGU-, máxime cuando en realidad las mencionadas cantidades no fueron recibidas por el vendedor ni éste tenía posibilidad alguna, contractual o no, de percibir las.

Por eso, la Sentencia 398/90 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias señaló que los reclamantes tienen el deber legal de satisfacer los gastos de urbanización, sin

que su abono sea calificable de sobreprecio de adquisición de las viviendas o sin que su satisfacción sea debida a un actuar administrativo contra Derecho. Además, en este contexto los compradores disponen de medios jurídicos para reaccionar contra el vendedor si entienden que éste les desinformó en su relación particular de compraventa, perjudicándoles patrimonialmente al ocultarles que como propietarios a ellos correspondía el pago de los costes de urbanización que había tenido necesariamente que asumir como promotor para poder construir el edificio.

3. Aclarados los extremos precedentemente expuestos, es pertinente ahora llamar la atención acerca de que, acontecidos los hechos que traen causa con anterioridad a la LRJAP-PAC, el plazo de prescripción de las infracciones recogidas en el régimen jurídico de las viviendas de protección oficial era, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el de dos meses previsto en el art. 113 del Código Penal. Consecuentemente, ha de convenirse con la Propuesta de Orden que es ajustado a Derecho tanto que la Administración autonómica, -a través de sus Ordenes de 5 de noviembre de 1992- como el Tribunal Superior de Justicia de Canarias - mediante la Sentencia 365/94, que resolvió el recurso contencioso-administrativo contra dichas Ordenes- rechazaran la pretensión de las reclamantes, al entender procedentemente que no había lugar a la sanción del promotor-vendedor por haber transcurrido el correspondiente plazo de prescripción del hipotético ilícito por aquél cometido.

Precisamente, es a raíz de esta situación cuando en última instancia las reclamantes alegan que han sufrido un daño a consecuencia de que en el ámbito de prestación del servicio público autonómico de vivienda -o, si se prefiere, en el más amplio o genérico de urbanismo- una irregular actuación del promotor-constructor y luego vendedor de viviendas de protección oficial, que debía controlar la Administración autonómica en cumplimiento de su deber de vigilancia al efecto, no fue impedida por ésta. Es más, tal Administración no actuó debidamente para subsanar semejante irregularidad cuando fue denunciada, provocando esta improcedente inactividad la prescripción del ilícito urbanístico y, con ello, la desaparición de posibilidad de resarcimiento de aquéllos contra el infractor.

Siendo entonces el asunto un supuesto de exigencia de responsabilidad administrativa, procede recordar que aún cuando ésta es exigible independientemente de que el actuar administrativo en la prestación del servicio

público sea normal o no, o bien jurídicamente ajustado o no, sin perjuicio de las responsabilidades que este último comporte es obligado que sea demostrado suficiente o razonablemente por parte del reclamante, con la comprobación o apreciación administrativa que fuesen oportunas, tanto que existe daño, como que éste ha acontecido por un hecho lesivo ocurrido a consecuencia del funcionamiento de un servicio público. Es decir, no sólo en el ámbito ordinario de prestación de éste, sino con conexión entre esa prestación y el daño producido, incluyendo los llamados casos fortuitos o la responsabilidad de control o vigilancia administrativa, pero no los supuestos calificables de fuerza mayor, cuya presencia ha de probar la Administración, y sin desconocer la posibilidad de responsabilidad compartida o la quiebra del mencionado nexo causal por la exclusiva y decisiva intervención de un tercero.

Pues bien, delimitado finalmente de la manera antes explicitada el caso, ha de admitirse que parece adecuada jurídicamente la solución de la misma plasmada en los fundamentos de la Propuesta de Orden. Así, es más que problemático entender que aquí se ha producido la infracción propiamente urbanística, y aún menos en relación con la concreta adquisición de una vivienda de protección oficial, consistente en el cobro de un sobreprecio por ésta, de modo que la eventual irregularidad producida no puede considerarse como tal. Y en absoluto puede la misma conectarse con la actuación de la Administración autonómica, siquiera sea ésta de inspección o vigilancia no sólo porque dichas funciones no alcanzan al control de la referida irregularidad, sino porque no cabe hablar de sobreprecio en el pago por las reclamantes de los gastos de urbanización que venían obligadas a satisfacer, lo que, correctamente, les liquidó la Administración municipal competente.

En efecto, esa hipotética irregularidad -que no resulta por cierto de la documentación obrante- devendría de una supuesta incorrecta relación entre vendedor y potenciales compradores, en cuanto el primero no habría advertido a los segundos de que los propietarios de las viviendas en cuestión no sólo tendrían que abonar su precio como tales, sino también, independientemente de ello y de acuerdo con la ordenación urbanística aplicable que se ha señalado aquí, los costes de urbanización del lugar donde se encontraba el edificio en el que estas viviendas estaban.

Y, lógicamente, esta cuestión se conecta con lo establecido en los arts. 62 LRSOU y 1.483 Código Civil, cuyos medios de defensa podían perfectamente haber actuado, como ya se ha dicho, quienes se encuentren en la posición que dicen tener los reclamantes. Pero no con una actuación urbanística administrativa; particularmente, con una que en ejercicio de sus funciones en materia de urbanismo o vivienda debiera haber hecho la Administración autonómica. Por consiguiente, no puede achacarse a ésta daño alguno a estos particulares por haber reconocido la prescripción de un posible ilícito urbanístico, ni por generar dicha prescripción con su inactividad, especialmente cuando no parece existir tal ilícito o, en el mayor de los casos, no tratarse el hecho de la infracción alegada y depender su corrección de la actuación de los afectados.

Desde luego, vistas las circunstancias del supuesto que hemos analizado, no está claro que en la eventualidad de que el vendedor-promotor hubiera cometido la infracción que se le imputa y la Administración autonómica lo sancionara ello implicase la obligación de aquél de devolver a las reclamantes unas cantidades que, en todo caso, ésta están legalmente obligados a abonar a la Administración municipal. Y, en este sentido, tampoco se entiende la razón de que la Administración autonómica deba resarcir a las reclamantes unas cantidades que han de pagar ineludiblemente conforme a Derecho.

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

1. Sobre la actuación administrativa analizada se recogen determinadas observaciones formales en el Fundamento I, punto tres.

2. Es sustancialmente conforme a Derecho la Propuesta de Orden que se dictamina, sin perjuicio de las observaciones que sobre la cuestión que resuelve se efectúan en el Fundamento II.