



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 5 7 / 2 0 0 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de octubre de 2004.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Gáldar en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.N.A.V., por daños ocasionados en su patrimonio, como consecuencia del funcionamiento del servicio público municipal (EXP. 148/2004 ID)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde de Gáldar, es la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

2. La legitimación de la citada autoridad para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo se derivan de los arts. 11.1.D).e) y 12.3 de la Ley canaria 5/02, reguladora de este Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos formales que impidan un Dictamen de fondo.

---

\* PONENTE: Sr. Doreste Armas.

## II

1. El resumen de los antecedentes de hecho que se relatan en la Propuesta de Resolución y en el escrito de solicitud es el siguiente:

La reclamante solicita por los daños -que evalúa en 96.000 € por las rentas dejadas de percibir y los daños morales- ocasionados a su patrimonio y persona por el planeamiento -con ocasión de la revisión de las Normas Subsidiarias, aprobada por la C.U.M.A.C. el 9 de mayo de 1996- que calificó a parcela de su propiedad como suelo apto para urbanizar siendo así que la misma reunía las características propias de suelo urbano consolidado.

La errónea calificación del suelo determinó la impugnación contenciosa del mencionado Acuerdo, de modo que por Sentencia de 12 de noviembre de 1999 de la Sala de lo Contencioso del T.S.J.C. se dio la razón y el derecho a la ahora reclamante; razón y derecho que fueron confirmados por el Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003. La firmeza judicial de la litis no impide la reclamación patrimonial por funcionamiento normal o anormal del servicio público afectado, por lo que mediante escrito de 27 de febrero de 2004 se presenta la antedicha reclamación fundada en el "grave error" cometido por los servicios municipales que le han privado a la ahora reclamante durante años de "vender, edificar o construir" en el citado solar "durante más de 20 años". Y es que, en efecto, la secuencia causal que finalizó con los daños que refiere la reclamante no comenzó en 1996, sino mucho antes.

El 10 de marzo de 1982 la reclamante ya anticipó con ocasión del Avance de Normas Subsidiarias, aprobadas plenariamente el 1 de marzo de 1982, que el mismo calificaba la parcela antedicha de suelo rústico, siendo así que reunía los requisitos para ser calificados como suelo urbano. Con ocasión de la aprobación inicial de las Normas Subsidiarias, el 7 de diciembre de 1982, se insistió en la citada calificación, formulándose las correspondientes alegaciones el 23 de diciembre de 1982, insistiéndose en que la parcela es urbana habiéndose encargado proyecto de construcción en base a Acuerdo de la Comisión Permanente, de 31 de diciembre de 1980, en que "se solicitó a instancia del exponente la alineación y rasante para encargar proyecto y ahora se ocasionan daños y perjuicios al exponente" yendo así el Ayuntamiento contra sus propios actos.

Dando respuesta a las alegaciones de la ahora reclamante, en la aprobación provisional de las Normas Subsidiarias, por Acuerdo plenario de 26 de febrero de

1983, el Pleno asumió el informe técnico asumido asimismo por la Comisión de obras, que postula la inclusión de la citada parcela como "suelo urbano de los terrenos situados frente a la Guardería y los terrenos de enfrente como aptos para urbanizar". Siendo así que la parcela cuestionada se encuentra frente al "equipamiento escolar", que es justamente la Guardería.

En consecuencia, se encarga proyecto de construcción de edificio dotado de planta baja, primera y cubierta fechado el 9 de septiembre de 1988, sin conformidad, y por un importe de 11.171.949 pts. En esta situación, el Pleno municipal, en 1995, rectifica la calificación dada a la parcela controvertida y con ocasión de la revisión de las Normas Subsidiarias recalifica la parcela como apta para urbanizar rectificando así la calificación de urbana que databa de 1983.

2. La Administración puede, dentro de límites que impone en cada momento la legislación urbanística, instar el "ius variandi" del planeamiento vigente con ocasión de la modificación o revisión del mismo. Tal potestad sin embargo no es libre en el sentido de que pueda modificar o revisar el plan en la forma que simplemente crea oportuno. Y es que en tales decisiones no sólo existen aspectos de oportunidad, sino de legalidad. Mas aún, esa misma oportunidad o discrecionalidad técnica debe ejercerse dentro de los parámetros de la propia legalidad. Justamente, la STS de 14 de marzo de 1984, Ar. 1752, precisó que "la clasificación de suelo urbano constituye un imperativo legal que no queda al libre arbitrio del planificador, sino que debe ser definida en función de los hechos". En idéntico sentido, la STS de 18 de octubre de 1985, Ar. 351, precisó que "los terrenos que reúnan las características físicas [que la ley señala] deben ser calificados imperativamente de suelo urbano, sin poderse olvidar la realidad urbanística existente". Esta doctrina jurisprudencial es harto conocida en el campo urbanístico, por lo que la pertinaz insistencia del Ayuntamiento, a lo largo de todos los años que duró el procedimiento, en ignorarla y en ignorar la situación material de la parcela es un factor relevante que debe tener su reflejo en el presente Dictamen.

La Administración, en suma, está limitada no sólo por la Ley sino por los principios de proporcionalidad y racionalidad, que son principios mediante los que reduce la arbitrariedad en el actuar administrativo cuya interdicción está constitucionalmente prescrita [arts. 9.3 y 106 CE]. La Administración, pues, no puede ignorar los hechos por lo que la potestad de planeamiento debe estar no solo

justificada sino apoyada "en datos objetivos exentos de error" [SSTS de 6 de junio de 1990, Ar.4806; y 5 de diciembre de 1990, Ar.9730]. La contradicción entre la realidad y la calificación urbanística tiene como consecuencia necesaria la "nulidad" del plan [SSTS de 24 de diciembre de 1985, Ar.5322; 21 de diciembre de 1987, Ar. 9687].

Un somero excursus por la Jurisprudencia nos hace ver que la nulidad del plan por la existencia de error procede cuando el mismo es "claro y probado" [STS de 6 de octubre de 1987, Ar. 8301]; "palmario" [STS de 27 de noviembre de 1987, Ar.9325; "notorio" [STS de 25 de marzo de 1985, Ar. 2850]; "básico" [STS de 24 de octubre de 1990, Ar. 8331]; "contrario a las elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido" [STS de 1 de febrero de 1982, Ar. 773]; y cuando esté "dotado de irracionalidad" [STS de 25 de enero de 1983, Ar. 310].

Las distintas leyes de sobre ordenación del suelo y del territorio contemplan distintas clases de supuestos indemnizatorios [arts. 232 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril; 86 a 89 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo; 237 a 241 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio; y 41 a 44 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones]. Supuestos en los que no encajan los hechos que han motivado la presentación de la reclamación lo que no impide su hipotética prosperabilidad al amparo del régimen general de la responsabilidad administrativa [arts. 106.2 CE; Título X de la Ley 30/1992 y el Reglamento que lo desarrolla, aprobado por Decreto 429/1993, de 26 de marzo], como reconoce la STS de 11 de diciembre de 2002, Ar. 183/2003; Sentencia, por cierto, que reconoce el derecho a la indemnización por el hecho de no haberse podido patrimonializar el aprovechamiento urbanístico por el hecho de que la finca "no llegó a ser solar por la actitud pasiva del Ayuntamiento". Se trata, así, de un caso similar al que ahora se conoce, en el que la reclamante no llegó a patrimonializar el aprovechamiento debido a la insistencia de la Administración en sostener en que la parcela no reunía las condiciones de solar, habiendo quedado acreditado que en efecto sí lo era. Aparte de la citada STS, que constituye -por su similitud al caso presente- un claro apoyo jurisprudencial a la postura de este Dictamen, existe doctrina de TSJ en esta línea, aunque en casos de denegación improcedente de licencia (aplicable aquí también, puesto que, como antes se indicó, si la reclamante hubiera solicitado la licencia de obra necesariamente el Ayuntamiento se la hubiera

denegado, pues no le reconocía la calificación de terreno urbano), de la que es ejemplo la STSJ de Navarra de 7 de marzo de 1996.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en este caso la Administración en 1983 calificó la parcela como suelo urbano y no fue sino hasta 1988 cuando se solicitó por la ahora reclamante presupuesto de obras, sin conformidad, pero no la licencia a la que tenía derecho al amparo justamente del propio planeamiento vigente entonces. Existía entonces, no una expectativa, sino de un derecho de aprovechamiento, pero que no se hizo efectivo por la propia voluntad de la ahora reclamante, que no solicitó licencia de obra, aunque pudo materializar ese aprovechamiento mediante la venta de la parcela, cosa que tampoco hizo.

La modificación del Plan en 1995 suprimiendo esa expectativa en principio no es indemnizable, al no casar con alguno de los supuestos indemnizatorios expresamente contemplados en la legislación urbanística de aplicación. Salvo que, como se indicó anteriormente, al amparo de legislación sobre responsabilidad patrimonial, la Administración haya incurrido en error inexcusable, constitutivo de arbitrariedad. Y éste es el caso que -según el parecer de este Consejo Consultivo- se presenta en el presente Dictamen.

Consta desde 1982 que la parcela reunía las condiciones propias de un solar; y consta en la pericia asumida íntegramente por el TSJC que la parcela se halla incluida en "una malla urbana claramente consolidada" dotada de abastecimiento de todos los servicios públicos.

La exclusión de forma arbitraria de la condición de solar a la parcela de la reclamante en 1995 cercenó sus expectativas dominicales de hacer efectivo el aprovechamiento urbanístico que le correspondía. No hubo -ni podía haber- licencia de obras pues ésta se oponía justamente a las determinaciones del plan que, como se ha dicho, excluía a su parcela de la condición de solar. La privación lo fue de la expectativa mas no de derecho consolidado alguno, expectativa sin embargo cualificada, pues constaba el interés de la reclamante en edificar, aunque ese interés no pasó de pedir un presupuesto de obras.

Hubo por ello un anormal funcionamiento del servicio público pues revisó el plan vigente sin tener en cuenta la realidad de los hechos y, aún más, contradiciendo su actuación inmediatamente anterior, en la que había reconocido -por fin, parecía- el

carácter urbano de ese suelo, corrigiendo la anterior y equivocada calificación, a la que vuelve obligando a la reclamante a un largo "iter" judicial para que se le reconozca la evidencia (la condición de solar de su terreno) que el propio Ayuntamiento había corregido y de cuya corrección se desdice. Este proceder, se insiste, quiebra el principio de buena fé en toda actuación de un sujeto del Derecho (art. 7.1 del Código Civil), incorporado al campo de la actuación de la Administración y, además, completado con el principio de confianza legítima (art. 3.1 último inciso de la Ley 30/92).

Por último, y como refuerzo definitivo de la conclusión estimatoria del presente Dictamen, debe traerse a colación la doctrina de este Consejo, en un caso de cierta semejanza, dictaminado en fecha 10 de abril de 2003 (Dictamen 51/03). En él, la Administración expropiante no reconoció la reversión de un inmueble tras el ejercicio por el particular de la correspondiente acción, lo que le privó de su titularidad dominical, obligándosele a acudir a la vía jurisdiccional, que, finalmente, accedió a la reversión, proceso que tardó nada menos que dieciséis años.

Se trata, en conclusión, de un supuesto de responsabilidad patrimonial, procediendo rechazar, en este Dictamen, la propuesta denegatoria de la Corporación.

3. Sin embargo, la conclusión anterior no agota el contenido del Dictamen, pues, como indicó el citado Dictamen 51/03 de este Consejo, queda la cuestión abierta -y no sencilla- de la cuantificación del daño producido.

En principio, deberán indemnizarse todos los perjuicios ocasionados a la reclamante en el lapso temporal que media entre la revisión del plan en 1995 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo que reconoció, finalmente, el carácter de solar de la parcela de la reclamante, debidamente actualizados conforme la legislación de responsabilidad patrimonial.

La reclamante los cuantifica reclamando:

a) Como lucro cesante, la cantidad resultante de calcular las eventuales rentas que el edificio proyectado hubiera podido generar, y aunque debe reconocerse -como hace la propia reclamante- que las esas rentas las cuantifica de forma exigua y hasta simbólica (100 euros/mes para las viviendas que se hubiesen podido construir), este Consejo opta por realizarlas partiendo de criterios iusprivatistas, más objetivos y elaborados (al menos doctrinalmente).

b) Como daños morales, el tercio de la cantidad anterior (cuyo cálculo arrojó 72.000 euros), que resulta ser de 24.000 euros.

Los criterios jurisprudenciales, en el área jurisdiccional contencioso-administrativa, apuntan a que es indemnizable "el mayor coste para la realización del proyecto presentado atendida la distancia temporal existente entre la fecha de la denegación [de la licencia] hasta la fecha de su efectivo otorgamiento" [STS 1 de febrero de 1999, Ar. 2627; y STSJ de la Comunidad Valenciana 97/2001, de 30 de enero, RJCA 2001/999]; es decir, "el encarecimiento del proyecto", pero no "los arrendamientos" perdidos, ni los "daños morales" que ni siquiera constan "mínimamente acreditados".

La doctrina iusprivatista ha fijado como criterio básico para la indemnización de daños y perjuicios la clásicamente llamada *restitutio in integrum*, que descansa sobre el ideal de dejar al lesionado en la misma situación que la que tendría de no haberse producido el hecho lesivo (STS 19 de octubre de 1996). Este criterio es precisamente el que ha permitido a cierta jurisprudencia (STS 26 de marzo de 1997) a debatir, aunque *obiter dicta*, sobre los baremos de indemnización fijados legalmente. Este principio de reparación integral comprende una división primaria entre daños físicos o patrimoniales (clasificados a su vez en daños personales y daños materiales, -y éstos, a su vez, en daño emergente y lucro cesante-) y daños morales.

La reparación integral además, se refuerza cuando en el hecho lesivo ha mediado dolo (STS 19 de julio de 1996, a *sensu contrario*), lo que aquí tiene incidencia ya que se apreció un especial proceder de la Administración contrario a la buena fé, según se razonó en el apartado anterior de este Dictamen.

a.- Comenzando por los daños patrimoniales, éstos se reducen a daños materiales emergentes y al posible lucro cesante.

a.1.- Daño emergente:

El primer daño causado es el producido por la necesidad -ineludible- que tuvo la reclamante de acudir a la vía judicial (y administrativa) para hacer valer su derecho.

A ello no obsta el que la Sentencia que se lo reconoció (STSJ Canarias/Las Palmas, de 12 de noviembre de 1999) no incluyera condena en costas, puesto que el

criterio para ello se ciñe a la apreciación de mala fé o temeridad procesal (perspectiva más estricta, de carácter adjetiva), según el art. 131.1 LJCA.

Es obvio que este concepto debe ser incluido, pues fue un gasto necesario e imprescindible que tuvo que sufragar la reclamante y que debe incluir no sólo las costas procesales propiamente dichas (las de honorarios de Abogado, derechos de Procurador y los honorarios del perito que redactó el informe que consta en el expediente), sino todos los gastos complementarios o previos (asesoramiento y redacción de escritos de alegaciones y cuantos otros pueda acreditar).

Respecto a los gastos del recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, deben descontarse las costas ya percibidas según la Sentencia que desestimó el recurso (STS 18 de marzo de 2003), pudiendo reclamarse lo que exceda y los gastos complementarios.

El segundo y último concepto evaluable como daño emergente son los intereses legales devengados en los conceptos anteriores, computados desde que la reclamante pagó esos gastos hasta que la Corporación se los devuelva.

a.2.- Lucro cesante:

Respecto a la expectativa de las posibles rentas por arrendamiento, deben en principio desestimarse al ser meras conjeturas dependientes de demasiados y variables factores, además de que la jurisprudencia la rechaza (STS 1 de febrero de 1999 y STSJ Valencia 30 de enero de 2001, ambas en sede jurisdiccional contencioso-administrativa) además de que es necesaria su prueba (STS 5 de octubre de 1992).

Sin embargo, sí queda un concepto de lucro cesante objetivamente derivado, que debe partir de una valoración objetiva y apegada al verdadero daño causado.

Por ello, este Consejo razona así: si el Ayuntamiento hubiera reconocido, como debiera, el carácter urbano del inmueble, en lugar del urbanizable, la reclamante tendría un sobrevalor en su patrimonio, desde 1985, fecha en la que ya el terreno era ya materialmente urbano, hasta el año 2003.

Por tanto, ese sobrevalor -o sea, ese daño- se calcularía por la diferencia de valor de mercado, en 1985, de ese terreno, entre su valor como urbano y su valor como urbanizable. Sin embargo, el terreno continúa siendo de propiedad de la reclamante, por lo que esta revalorización ya la ha patrimonializado por la propia



declaración administrativa -en ejecución de la judicial- de calificación de urbano del terreno, de tal suerte que esta diferencia sólo procedería abonarla si hubiese enajenado onerosamente el inmueble, de tal suerte que si se le indemnizara ahora por esa cantidad se lucraría duplicando la revalorización del terreno.

Ahora bien, esa revalorización tenía que haberse producido en 1985 y no en el 2003; por ello, lo que sí constituye un lucro cesante es el rendimiento de esa diferencia, es decir, la rentabilidad de ese capital, rendimiento que está constituido por el interés (legal, ante la dificultad de establecer el de mercado), de esa diferencia durante los años 1985 a 2003. Así, se considera como capital dinerario, autónomo del valor como inmueble, en cuyo caso es claro que la actualización es el interés de ese dinero durante esos años, y no como un capital o patrimonio materializado en un inmueble, puesto que el incremento de valor como suelo urbano en los años sucesivos -es decir, la diferencia entre el valor como urbano en 1985 y el valor como urbano en 1986 y así sucesivamente hasta llegar al año 2003, sumando acumulativamente estos incrementos (siempre de valor urbano a valor urbano, no de valor urbanizable a valor urbano)- ya está comprendida en la revalorización actual.

b.- Respecto a los daños morales admitidos con carácter general por el art. 142.5 de la Ley 30/1992, consisten no sólo en el llamado *pretium doloris* en sentido estricto, es decir, en "toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito" (STS 3 de noviembre de 1995), sino las frustraciones o expectativas de cierta entidad (frustración de la esperanza de formar una familia, STS 26 de noviembre de 1995; zozobra y angustia en el traslado a otro Hospital al denegársele asistencia sanitaria, STS 19 de junio de 1990; expectativa de ganar un recurso, frustrada por negligencia de Procurador, STS 20 de mayo de 1996, y casos similares).

La doctrina judicial y la de este Consejo requiere para conocer e indemnizar el daño moral que tenga cierta entidad o importancia, que difícilmente se dá, reservándose a situaciones extremas (Dictamen de este Consejo 67/2004, de 5 de mayo), que en este caso no se aprecian pues la frustración de no haber podido materializar el *ius aedificandi* carece de mayor relevancia y más bien se encauza, como indicó el citado Dictamen 51/03, por la vía del lucro cesante que repone íntegramente a la reclamante en la situación patrimonial en la que debía haber estado si la Corporación local hubiera actuado conforme a Derecho.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo reconocer la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gáldar y reconocer asimismo la indemnización calculada conforme a los criterios expresados en el apartado 3 del Fundamento Jurídico II del presente Dictamen.