



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 8 / 2 0 0 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de diciembre de 2004.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por E.R.A.M., en representación de la entidad mercantil B., S.A., por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de una licencia de edificación (EXP. 214/2004 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de una licencia de edificación.

La legitimación del Excmo. Sr. Alcalde para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resulta de lo prevenido en el art. 11.1. D. e) LCCC, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones Públicas de Canarias.

2. El procedimiento se inicia el 22 de diciembre de 2003, mediante escrito presentado al efecto por E.R.A.M., en representación de la entidad mercantil B., S.A., en el que reclama el resarcimiento de los daños producidos como consecuencia

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

de la anulación de una licencia de construcción de un edificio de tres plantas y dos sótanos en las parcelas (...) y (...) del Centro Residencial Anaga.

La entidad reclamante ostenta legitimación activa al haber sufrido un daño de carácter patrimonial cuya causación imputa al funcionamiento del servicio público implicado.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración municipal como titular del citado servicio público.

Se cumple igualmente el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado antes del transcurso del plazo de un año establecido en el art. 142.4 LPAC.

En el orden procedimental, se ha dado cumplimiento a los trámites preceptivos. No obstante, se ha incumplido el plazo de resolución establecido en los arts. 42.2 LPAC y 13.3 RPRP, lo que no está fundamentado, al no acordarse suspensión del procedimiento o ampliación del plazo indicado por el órgano instructor según la normativa aplicable, generándose una demora que no es imputable al interesado. Ahora bien, ello no obsta al cumplimiento de la obligación de resolver expresamente el procedimiento (arts. 41, 42.1, 2 y 3 y 43.1 y 4 LPAC) y de que pueda entenderse desestimatorio el silencio administrativo producido (arts. 43.2 y 142.7 LPAC).

II

1. Los antecedentes que han dado origen a la presente reclamación son los siguientes:

El 14 de octubre de 1998, mediante Resolución del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo y previos los trámites oportunos, se concedió a la entidad B., S.A. la referida licencia de construcción de un edificio.

Contra esta Resolución se interpuso por M.N.M.M., propietaria de una de las fincas colindantes, el correspondiente recurso administrativo, que fue desestimado por silencio. La interesada presenta entonces recurso contencioso-administrativo en el que recayó la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1, de 10 de mayo de 2002, que anula la licencia concedida con fundamento en que las plantas de garaje no tienen la condición de sótano, al no estar situadas bajo tierra sino sobre la cota natural del terreno, computando por tanto a efectos de volumen, de altura

de la edificación y de número de plantas. La Sentencia reconoció el derecho de la actora a la demolición del edificio.

Interpuesto recurso de apelación, la STSJC de 26 de diciembre de 2002 confirma la sentencia recurrida en todos sus extremos. Además, dada la invocación por la entidad B., S.A. y por la Gerencia de Urbanismo del principio de proporcionalidad para cuestionar la procedencia de la demolición, la Sentencia se pronuncia sobre las otras infracciones denunciadas por la interesada en la instancia en el sentido de que la licencia, y por tanto también la obra realizada, infringe la distancia mínima de retranqueo y separaciones a linderos y las normas de preparación de la parcela, lo que comporta la imposibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad puesto que la demolición de todo lo construido es la única forma de restaurar la legalidad infringida a la vista de que los incumplimientos de la normativa urbanística afecta no sólo a la altura y volumen edificable sino además a los linderos y retranqueos.

2. Los antecedentes relatados deben completarse con la referencia al expediente de disciplina urbanística incoado durante la construcción del edificio, de acuerdo con lo que al efecto se hace constar en la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente, pues al mismo no se ha incorporado la pertinente documentación.

De acuerdo con lo señalado por la citada Propuesta de Resolución, la Unidad de Edificación y Disciplina Urbanística emitió informe el 13 de octubre de 1999, tras la correspondiente visita de inspección técnica, en el que se señalaba que el edificio se encontraba en fase de estructuras y cerramiento y que el sistema de contención de tierras hacia la parcela inferior situada a naciente no se correspondía con el fijado en el Proyecto aprobado, al haberse suprimido el muro de contención más bajo, que se proyectaba colindante a la citada parcela, por lo que se estimaba que debían paralizarse las obras. Ello motivó la Resolución del Sr. Consejero Director de 19 de octubre de 1999, por la que se ordena la inmediata suspensión de cualesquiera obras que no se ajustasen al proyecto, otorgando plazo de tres meses para su legalización o que se ajustara a la licencia en el plazo previsto en la misma, que era de dos años.

En nuevo informe técnico de 19 de enero de 2000 se hace constar que no se han paralizado las obras, que se encuentra en fase de acabados interiores; que se está construyendo un muro de piedra en la parte inferior de la parcela que no se ajusta al proyecto, al presentar más altura de la prevista; que se ha suprimido el jardín que

ocultaba el denominado sótano -2, el cual presenta ahora una fachada de fábrica de bloques rematada en su parte superior con unos huecos de ventilación de lamas prefabricadas de hormigón, por lo que esa planta se puede considerar como volumen habitable. Asimismo, este sótano no se ha construido conforme al proyecto, al haberse ocupado los retranqueos laterales de la parcela con dos nuevos forjados en los que se están construyendo los trasteros que se había previsto en el proyecto en esa planta, pero separados de los linderos con las parcelas laterales. Por todo ello, se proponía la paralización inmediata de la obra hasta que se ajuste al proyecto aprobado.

Finalmente, en informe del siguiente 9 de marzo se indica que las obras han continuado, que se han colocado unas barandillas metálicas encima de los muros hacia la parcela colindante situada en la parte inferior, que no están recogidas en el Proyecto y que la altura de los muros no ha sido modificada.

Estos informes motivan una nueva Resolución del Excmo. Sr. Consejero Director de la Gerencia de 4 de abril de 2000 en la que se ordena la inmediata suspensión y precinto de las obras que se vienen realizando sin sujetarse al proyecto al no cumplir "las alturas de los cerramientos hacia la parcela situada en la parte inferior", como literalmente se expresa en dicha Resolución.

No obstante, las obras tampoco se paralizaron, llegando a solicitar la entidad el 18 de diciembre de 2001 la licencia de ocupación, lo que supone que fueron totalmente culminadas.

III

1. La reclamación se ha interpuesto, como se ha relatado en los antecedentes, como consecuencia de la anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa de la licencia de construcción del edificio, solicitando la entidad interesada el resarcimiento de los daños causados, que cuantifica en la cantidad de 2.798.708,72 euros.

La procedencia de indemnización derivada de la anulación de la licencia de obras constituye un supuesto indemnizatorio en materia de urbanismo que regula el art. 44.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), admitiéndose como única causa para su exoneración la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave imputable al interesado. La exigencia de responsabilidad por esta

causa ha de articularse, conforme al citado precepto legal, de acuerdo con las normas que con carácter general regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración, contenidas en los arts. 139 y ss LPAC.

En el presente caso resulta indubitada la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal, como así lo reconoce la Propuesta de Resolución. Así, la anulación de la licencia ha causado a la entidad interesada un daño cierto, individualizado y evaluable económicamente que no tienen el deber de soportar y en relación con el que existe además la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios municipales de urbanismo, al conceder la licencia contraviniendo la normativa aplicable, y el menoscabo producido que deriva de la necesidad de demoler el edificio construido. El interesado ha sufrido por tanto una lesión patrimonial que es consecuencia del actuar no correcto de la Administración.

Ello supone que la Administración deberá indemnizar a la entidad interesada por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la invalidez de la licencia que legitimó las obras ejecutadas y que fue posteriormente anulada. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la efectividad del citado daño, y por tanto la procedencia del abono de la indemnización, sólo se producirá una vez demolido el edificio. Lo contrario supondría que formaría parte del patrimonio del interesado tanto el edificio como la indemnización.

También ha de tenerse presente, sin embargo, otra circunstancia: declarada así en los términos expuestos la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, términos que por lo demás la propia Administración admite y asume según resulta de la propia PR objeto de este Dictamen, ha de suscitarse si además del acto administrativo ilegal productor del daño en este supuesto concurre en el mismo algún otro suceso en grado de interferir sobre el nexo causal inicialmente indiscutible, existente entre el daño efectivamente producido y la actuación administrativa de la que dicho daño trae causa.

En el supuesto sometido a nuestra consideración, sin embargo dicho suceso en ningún caso tendría virtualidad suficiente como para exonerar de toda responsabilidad a la Administración; a lo sumo, afectaría ello a la cuantía indemnizatoria. Procede ahora en consecuencia abordar este extremo sobre el que el

pronunciamiento de este Organismo Consultivo por lo demás resulta asimismo preceptivo.

2. Por lo que se refiere al *quantum* indemnizatorio, en efecto, el interesado reclama tanto el daño emergente como el lucro cesante, incluyendo en el primero la valoración de mercado de la edificación que ha de ser demolida, el coste de esta demolición y el mayor coste de las obras de nueva edificación, en tanto que cuantifica el lucro cesante en función de los ingresos dejados de percibir por rentas de alquiler.

El importe total a que ascienden según el interesado todos estos conceptos, como ya se ha señalado, es de 2.798.708,72 euros. Procede ahora analizar cada uno de estos conceptos:

A) **Valor de la edificación:** El reclamante valora la edificación en función del precio de mercado, que según el informe pericial que aporta asciende a la cantidad de 2.012.122 euros.

La Administración desestima la indemnización de este gasto con fundamento en la propia conducta del interesado, que no acató las órdenes de suspensión de las obras dictadas como consecuencia del expediente disciplinario incoado y que ha sido la causa de que la edificación no se haya ajustado al Proyecto aprobado. En esencia, considera que la anulación de la licencia no conduce a la indemnización íntegra de las obras cuando las mismas o partes de ellas se han apartado del proyecto autorizado y el interesado ha agravado su situación al incumplir el deber legal de suspender las obras. En este sentido, se indica, se aprecia la ruptura del nexo causal desde los primeros momentos de la ejecución de obras en que fue ordenada su suspensión cautelar, cuando se encontraba en fase de estructura y cerramiento, aunque dicha estructura y cerramiento se estaban ejecutando sobre incumplimientos ya consumados (los señalados en el informe técnico de 19 de enero de 2000 acerca de la supresión del jardín que ocultaba el denominado sótano -2, así como la construcción de éste sin ajustarse al proyecto , al haberse ocupado los retranqueos laterales de la parcela con dos nuevos forjados en los que se están construyendo los trasteros), lo que implica que la indemnización habrá de modularse en función del actuar del propio reclamante.

Es en este punto donde residen las fundamentales discrepancias existentes entre los planteamientos sostenidos respectivamente por la Administración y el interesado.

El argumento precedente, en efecto, permite a la Administración concluir que su responsabilidad alcanza hasta el momento de inicio de las obras no ajustadas a la licencia otorgada, que fija en la construcción del sótano -2, con la consecuencia de que por derivación el resto de las plantas construidas también se han visto comprometidas en su legalidad, a lo que se une el incumplimiento de la altura en los muros de contención.

Por todo ello, la Administración sólo reconoce como gastos por este concepto los relativos a la preparación o desmonte de la parcela y ejecución de las obras de cimentación. No obstante, al tener en cuenta su reutilización o aprovechamiento en proyecto futuro, entiende que deben ser compensadas con cargo a la ejecución material en dicho proyecto de edificación futura, por lo que excluye tales gastos de las partidas indemnizables.

Sí incluye en este concepto los gastos imprescindibles para la construcción del inmueble, como son los honorarios de proyecto, dirección de obra, licencias, tasas de la construcción e impuestos no recuperables (Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, gastos de notaría, Registros, etc.), con la exclusión del coste de la escritura pública de agrupación de las parcelas (...) y (...) en las que se materializó el edificio, al considerarlo un gasto no indemnizable por cuanto que, una vez demolido el edificio, los propietarios disponen del suelo para volver a construir.

Estos señalados razonamientos vertidos en la Propuesta de Resolución pueden considerarse conforme a Derecho, en lo que se refiere a la indemnización de los gastos imprescindibles para la construcción (honorarios, impuestos...) y la exclusión del relativo a la escritura de agrupación de parcelas, pues el suelo sigue formando parte del patrimonio del interesado y con las posibilidades urbanísticas reconocidas por el planeamiento. Igual conformidad cabe señalar en relación con los costes de preparación o desmonte de la parcela y ejecución de las obras de cimentación en tanto que se reconocen como gastos indemnizables. Sin embargo, la pretendida compensación en función de su utilización en el futuro proyecto de construcción no tiene en cuenta que se ha declarado por sentencia firme que la licencia, y por tanto también la obra ejecutada a su amparo, ha infringido las normas sobre linderos y retranqueos y preparación de la parcela, lo que obliga a la demolición de todo lo construido. Ello imposibilita, a salvo de fundado criterio técnico que no consta en el

expediente, la reutilización en los términos pretendidos por la Administración, por lo que sí ha de incluirse como concepto indemnizable.

Finalmente, no pueden acogerse los argumentos en los que la Propuesta de Resolución fundamenta la desestimación de la indemnización del resto de la obra ejecutada, con la excepción del muro de contención. Consta en el expediente un informe de los propios técnicos municipales sobre el grado de adecuación de la obra efectivamente ejecutada al proyecto para el que se concedió la licencia, elaborado el 4 de junio de 2004 con ocasión de la tramitación de este expediente de responsabilidad patrimonial. En el mismo se concluye que el edificio construido se ajusta básicamente al proyecto que obtuvo licencia, pudiendo asumirse como cambios normales en el transcurso de las obras las modificaciones realizadas en las plantas de sótano (modificación del trazado de la rampa interior, supresión de los cuartos trasteros y redistribución de las plazas de aparcamiento), que además no alteran parámetros urbanísticos y que aparecen recogidas en los planos de final de obra visados el 15 de marzo de 2001 que se presentaron a los efectos de la obtención de la licencia de primera ocupación del edificio. En cambio, no se ajusta al mencionado proyecto el muro de contención trasero en cuanto a las alturas, que se ha ejecutado más alto de lo previsto y que no sería legalizable al no cumplir la normativa de aplicación.

Este informe resulta pues contradictorio con los incumplimientos que según la Propuesta de Resolución persisten en la edificación ejecutada. Efectivamente, el informe técnico de 19 de enero de 2000 se hizo constar que la construcción del sótano -2 no se ajustaba al proyecto. Sin embargo, en el posterior informe de 9 de marzo únicamente se reitera como incumplimiento el relativo al muro de contención y de hecho la Resolución que ordenó la inmediata suspensión y precinto de las obras se basó únicamente en el incumplimiento de las alturas de los cerramientos hacia la parcela situada en la parte inferior, de donde cabe que aquellos incumplimientos fueron subsanados. Por ello, ha de concluirse que resulta indemnizable la edificación ejecutada, con la única excepción del muro de contención al no haberse ajustado a la licencia concedida.

Por lo demás, es cierto, como lo demuestra la total finalización de la obra, que el interesado no acató las órdenes de suspensión. Sin embargo, la propia Administración hizo dejación de sus propias competencias en materia de disciplina

urbanística al permitir que la obra continuara ejecutándose. Por ello, resulta indemnizable toda la edificación ajustada al proyecto.

Llega, por tanto, el momento de cerrar este capítulo de consideraciones. Del expediente aportado a este Consejo Consultivo, ciertamente, no puede deducirse otra conclusión sino la de que la supresión del muro de contención más bajo, que era el que había sido proyectado, fue la auténtica razón determinante de la suspensión de las obras; y así las cosas, las medidas adoptadas para la protección de la legalidad urbanística en este caso se dirigen en su consecuencia contra el muro efectivamente construido, no susceptible de legalización por otra parte, que es el que en rigor no se ajusta a la licencia urbanística otorgada por la Administración municipal. Limitada la suspensión a ello, se asume "a contrario" que las restantes actuaciones se ajustan a la licencia concedida, una licencia que con posterioridad es declarada ilegal y a la que habría que imputar consiguientemente los perjuicios causados por las actuaciones realizadas bajo su amparo.

Distinta radicalmente sería nuestra opinión si la suspensión se hubiese prolongado sobre otros elementos de la obra; pero, a salvo de que así llegara a acreditarse, lo cierto es que todo parece encajar. Lógicamente, la indicada suspensión habría podido tener otro alcance; pero en tal hipótesis para ser legal habría tenido que promoverse al tiempo la anulación de la licencia, por tratarse de obras realizadas bajo la cobertura de ésta. No habría habido tal problema, en cambio, si las obras en curso se estuvieran realizando al margen de la licencia, o en contra de lo dispuesto por ella. Sólo así se explica por consiguiente el carácter limitado de la suspensión acordada y, desde perspectiva inversa, la propia actitud del interesado que nada hizo por combatirla.

Ya en cuanto al valor de la edificación, ha de estarse, como indica el informe técnico elaborado al efecto, a lo que previene el art. 31.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y a los criterios contenidos en el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las Normas Técnicas de Valoración y el Cuadro Marco de Valores del suelo y de las Construcciones para determinar el Valor Catastral de los Bienes de Naturaleza Urbana y, en concreto, a lo dispuesto en su Norma 12.

De acuerdo con ésta, el valor de reposición se alcanza como resultado de sumar el coste de ejecución, incluidos los beneficios de la contrata, honorarios profesionales e importe de los tributos que gravan la construcción.

Todos estos costes se encuentran acreditados en el expediente, de donde resulta que el valor de la edificación supone el montante a que asciende la suma de los mismos. No obstante, es preciso realizar dos matizaciones en relación con el coste de ejecución: la primera, que del mismo ha de descontarse el valor de la obra ejecutada no ajustada al proyecto (muro de contención) y la segunda, que la Administración sólo ha de responder por el coste en los términos del presupuesto aportado para la obtención de la licencia. Los mayores costes que para la entidad propietaria de la obra ha supuesto su realización han de resultar de su cuenta puesto que no se encuentran dentro de los términos de la licencia.

B) Coste de la demolición: Este gasto, como reconoce la Propuesta de Resolución, resulta igualmente indemnizable al ser consecuencia directa de la anulación de la licencia. El importe a que asciende (91.441,22 euros) se encuentra igualmente acreditado en el expediente a través del proyecto técnico de demolición.

C) Mayor coste de las obras de la nueva edificación: El interesado reclama 237.328,55 euros por este concepto, aportando para ello un presupuesto elaborado por la empresa a la que había contratado las obras de la edificación que ha de ser demolida.

Lo que no procede, sin embargo, es la repetición contra la Administración de la indicada cantidad, si finalmente la Administración asume en efecto el coste de la ejecución y ésta se produce por vía subsidiaria.

No obstante, no procede considerar como indemnizable este concepto por cuanto el coste de las obras tendrá su posterior repercusión en los precios de venta de las viviendas, por lo que el interesado mantendrá igualmente su margen de beneficios.

D) Lucro cesante: El interesado reclama las rentas que ha dejado de percibir en concepto de alquiler de las viviendas, fijando el momento temporal desde el 26 de diciembre de 2002 hasta el año 2006, momento que estima podrá obtenerse licencia de ocupación de la nueva edificación. Aporta además un contrato de arrendamiento

de una de las viviendas, concluido con anterioridad a la solicitud de la licencia de ocupación.

A través de este concepto, el interesado pretende que le sea abonada la cantidad de 347.511,22 euros, que la Administración desestima por entender que el interesado, que había solicitado la licencia de ocupación, no ha podido adquirir ésta por silencio administrativo por cuanto, de conformidad con el art. 166.6 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios de Canarias, en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio las licencias urbanísticas en contra de la ordenación urbanística aplicable.

Sin embargo, no puede acogerse esta argumentación de la Administración porque el silencio produce sus efectos, transcurridos los plazos máximos de duración del procedimiento administrativo sin que se notifique a los interesados la correspondiente resolución expresa. Tampoco puede la Administración escudarse en las órdenes de suspensión acordadas para eludir su deber de resolver, en este caso, toda vez que los efectos limitados de tales medidas cautelares han sido destacados ya en este Dictamen. Por lo que, descartadas estas premisas, no puede aceptarse que la posición subjetiva de la interesada pueda quedar reducida a una mera expectativa. Procede, en su consecuencia, concretar la lesión que se le ocasione, por la efectiva privación del aprovechamiento de un bien en condiciones para su uso.

CONCLUSIÓN

La propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo es conforme a Derecho, en lo relativo a la procedencia de la responsabilidad patrimonial en los términos que ella misma formula; pero deben corregirse los criterios para determinar la cuantía indemnizatoria resultante de conformidad con lo expresado en nuestro Fundamento III.3