



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 7 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de marzo de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por P.A.L., en nombre y representación de C.D.R.D., D.C.R., por daños ocasionados como consecuencia de la denegación de la autorización previa para un establecimiento de turismo rural (EXP. 579/2008 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, mediante escrito de 26 de diciembre de 2008, interesa de este Consejo la emisión de Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños que se imputan a la denegación de la autorización previa para el establecimiento de turismo rural al hotel V. A.

La legitimación del Sr. Presidente del Cabildo para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo dispuesto en el artículo. 11.1.D.e) de la citada Ley, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones públicas de Canarias.

* PONENTE: Sr. Díaz Martínez.

II

1. Los antecedentes que han dado origen a la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, conforme se señala en la Propuesta de Resolución, son los siguientes:

C.D.R.D., solicitó con fecha 4 de abril de 2000 la correspondiente autorización previa del establecimiento turístico alojativo denominado Hotel Rural V.A., sito en el término municipal de Güímar.

Una vez instruido el correspondiente expediente, se resolvió por la Corporación Insular, con fecha 30 de enero de 2002, denegar la autorización previa solicitada por la interesada. La denegación tuvo por fundamento los informes emitidos por el Ayuntamiento de Güímar, en los que se hacía constar que el inmueble construido era el resultado de incrementar en un 215% la superficie inicial del inmueble, superando, por tanto, el límite del 25% establecido por el Decreto 18/1998, de 5 de marzo, de regulación y ordenación de los establecimientos de alojamiento de turismo rural, para excluir de su ámbito de aplicación a aquellos inmuebles que lo superen. Se motivó además la denegación en el contenido del informe de carácter negativo y vinculante emitido por la Dirección General de Ordenación e Infraestructura Turística del Gobierno de Canarias.

Contra esta Resolución, la interesada interpuso el 15 de marzo de 2002 recurso de alzada, sin que el mismo se resolviera expresamente.

Interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del referido recurso de alzada, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dicta Sentencia nº 238/2007, de 31 de mayo, en la que, estimando el recurso presentado, se anuló el acto impugnado.

La Sentencia fundamenta la estimación del recurso en la producción del silencio positivo, al haber transcurrido más de dos meses desde la presentación de la solicitud sin que se hubiera notificado resolución a la interesada. La Sentencia deja a salvo, en su caso, la posibilidad para la Administración de iniciar los procedimientos legalmente establecidos para promover la revisión de oficio del acto presunto producido.

Esta sentencia fue notificada a la interesada y al Cabildo Insular con fechas, respectivamente, de 22 y 25 de junio de 2007.

2. El 20 de junio de 2008 se interpone reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Insular por Doña P.A.L., que actúa en nombre y representación de C.D.R.D. y de la entidad mercantil V.A., S.L. como consecuencia de la denegación de la autorización previa solicitada.

Según se indica en la solicitud, se reclama el lucro cesante y el daño moral que se ha irrogado como consecuencia de la citada denegación, al ser revocada ésta por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su Sentencia de 31 de mayo de 2007.

Cifran los ingresos dejados de percibir, de acuerdo con el informe pericial que aportan, en la cantidad de 305.921,10 euros. Para el cálculo de este importe se ha tenido en cuenta el periodo transcurrido entre el año 2002, dado que la Resolución desestimatoria de la Administración es de 30 de enero de ese año, y la fecha en que se dictó la Sentencia que anula la denegación de autorización previa solicitada. Se aclara, no obstante, que en el citado informe pericial no se han contemplado los daños ocasionados desde el 4 de junio de 2000 hasta 2002, por lo que se ha solicitado al perito que complemente el informe. Los daños pretenden cuantificarse a partir de ese momento por ser la fecha en la que, según su criterio, debió concederse la autorización, pues la Administración debía dictar su Resolución en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud por la interesada.

Reclaman además la cantidad de 20.000 euros en concepto de daño moral, que derivan del mantenimiento de una situación injusta y contraria a Derecho durante un espacio temporal tan extenso como el comprendido entre la Resolución que debió ser dictada en el año 2000 y la Sentencia que la anula, después de más de siete años.

III

1. En el presente procedimiento, la reclamante, que actúa por medio de representante, ostenta legitimación activa al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa al funcionamiento de la Administración Insular. La representación conferida consta debidamente acreditada en el expediente.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración Insular al haber dictado, en el ámbito de sus competencias en materia turística, el acto denegatorio de la autorización solicitada.

Se cumple igualmente el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de la que trae causa el presente procedimiento fue notificada a la interesada con fecha 22 de junio de

2007, quien presentó su solicitud indemnizatoria el 20 de junio de 2008, con anterioridad por consiguiente al transcurso del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

2.¹

3. Mediante Acuerdo de la Sección Primera de este Consejo, de fecha 5 de febrero de 2009, se solicita de la Administración actuante la siguiente documentación:

Expediente completo del procedimiento iniciado como consecuencia de la solicitud por parte de C.D.R.D., con fecha 4 de abril de 2000, de la correspondiente autorización previa del establecimiento turístico alojativo denominado Hotel Rural V.A., que culminó con la Resolución con fecha 30 de enero de 2002, por la que se resolvió por la Corporación Insular denegar la autorización previa solicitada.

Informe relativo a la situación actual del establecimiento, a la vista de lo señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Propuesta de Resolución, en particular acerca de la legalidad de la actual explotación, así como de las manifestaciones referidas a la utilización por la propia interesada de una tercera entidad interpuesta.

Esta documentación ha tenido entrada en este Organismo con fecha 20 de febrero. En particular, por lo que se refiere al informe citado se reitera, sin añadir datos ni argumentos nuevos, lo ya señalado en la Propuesta de Resolución y en el acta de inspección que consta en el expediente.

IV

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada al considerar que no concurren los requisitos legalmente previstos para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se motiva fundamentalmente en los dos argumentos siguientes:

La denegación presunta contra la que se interpone la reclamación hace referencia a la obtención, por el mecanismo del silencio administrativo positivo, de la autorización previa del establecimiento, concepto que viene regulado en el art. 24 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOTC), que lo configura como una autorización que será previa a la concesión de la licencia de

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

edificación, cuando ésta proceda, e independiente de la licencia de apertura del establecimiento. En consecuencia el otorgamiento de esta autorización previa no legitima por sí sola para el ejercicio de la actividad turística, ya que la misma únicamente comporta la constatación por parte de la Administración de que el proyecto, que se pretende acometer, cumple con la legislación turística y sólo es a través de la autorización definitiva de apertura cuando se puede autorizar legalmente el ejercicio de la actividad.

Por lo que se refiere a esta última autorización, se pone de relieve que al día de la fecha el establecimiento carece de la misma debido a la propia conducta de la interesada, pues no ha instruido el procedimiento que para la apertura de este tipo de establecimientos se prevé en los arts. 9 y siguientes del Decreto 18/1998, de 5 de marzo, de regulación y ordenación de los establecimientos de turismo rural, procedimiento que requerirá igualmente la sustanciación de otro en paralelo, tendente a acreditar el cumplimiento de los requisitos de seguridad y protección contra incendios conforme a lo previsto en el Decreto 39/2000, de 15 de marzo, por el que se modifica el anexo I, letra c, apartado g), del citado Decreto 18/1998. A estos efectos, se añade que la interesada, pese a varios requerimientos efectuados por la Administración una vez dictada la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que anuló la denegación de la autorización, no ha presentado la documentación que le fue interesada, habiendo transcurrido más de un año sin que haya hecho un mínimo gesto para regularizar la situación del establecimiento, limitándose a presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

A estos argumentos se añade la circunstancia de que la ausencia de la repetida autorización no ha imposibilitado a la reclamante, a través de una serie de subterfugios como es el de recurrir a una tercera entidad y el modificar la denominación del establecimiento, obtener unos rendimientos derivados no sólo de la actividad turística, sino también del arrendamiento privado del inmueble, alquilándolo como vivienda para estudiantes o para particulares, simultaneando unos usos que resultan incompatibles por exigencia del denominado principio de unidad de explotación previsto en el art. 38 LOTC, que exige, en su párrafo segundo, que la totalidad de las unidades alojativas estén destinadas a la actividad turística, poniendo en peligro, además, la integridad física de los usuarios del complejo, al no contar éste, al menos formalmente, con las debidas medidas de seguridad y protección contra incendios.

La Propuesta de Resolución entiende en definitiva que no puede establecerse una relación causa-efecto entre el daño alegado y la supuesta inactividad de la Administración, que a lo más que legitima a la reclamante es a continuar con la tramitación del procedimiento de apertura tras haber obtenido por el mecanismo del silencio administrativo positivo la autorización previa y el daño que supuestamente se la haya podido ocasionar por la carencia de la autorización definitiva de apertura, ya que esta última no la ha obtenido la interesada por culpa exclusivamente suya, ya que ha mostrado una total y absoluta pasividad en presentar la documentación necesaria para ello, pese a habersele requerido al efecto por la Administración.

2. La presente reclamación de responsabilidad patrimonial trae causa en la anulación por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la Resolución de 30 de enero de 2002, por la que se denegó la autorización previa del establecimiento turístico alojativo al que se ha hecho referencia. De conformidad con lo previsto en el art. 142.4 LRJAP-PAC, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización. Con ello, como reiteradamente ha señalado la Jurisprudencia, el derecho a la indemnización no se da por supuesto por el solo hecho de que el acto administrativo haya sido anulado, no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139.1 LRJAP-PAC, esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (SSTS de 31 de mayo de 1997, 28 de junio de 1999, 15 de abril de 2000, y de 12 de julio y 26 de septiembre de 2001, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece, pues, como señala la STS de 31 de mayo de 1997 -referida a la normativa entonces vigente- la posibilidad de que la anulación del acto administrativo, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurren los requisitos para ello.

En el presente supuesto, no concurren los presupuestos legalmente exigidos para que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación del acto administrativo denegatorio de la autorización previa.

Como señala la Propuesta de Resolución, la autorización previa no legitima por sí sola para el ejercicio de la actividad, sino para continuar con los posteriores trámites que permitieran la apertura del establecimiento, singularmente la licencia de obras, en el caso de que fueran a realizarse éstas, así como la autorización de apertura definitiva. No resulta pues, como pretende la interesada, que la apertura del establecimiento se hubiera podido llevar a cabo con el solo otorgamiento de la autorización previa, puesto que ésta sólo se configura como un trámite inicial sin cuya obtención no pueden otorgarse aquellas licencias y autorizaciones en cada caso requeridas. Por ello, el daño que la interesada anuda a su denegación no es real y efectivo puesto que la apertura del establecimiento y posterior ejercicio de la actividad turística no dependía únicamente de esta autorización previa. Lo único que ha supuesto la denegación posteriormente anulada por aplicación del silencio administrativo ha sido el retraso en poder continuar con el cumplimiento de los trámites exigidos por la normativa aplicable, que podrían además haber concluido concediendo o denegando lo instado en cada caso, pues la concesión de la autorización previa no presupone el otorgamiento de las licencias y autorizaciones posteriores. De la simple autorización previa no derivaba, por tanto, la posibilidad de proceder a la apertura del establecimiento y al ejercicio de la actividad turística.

3. Por otra parte, la interesada estima que procede que la Administración le indemnice por los beneficios dejados de percibir al no poder ejercer la actividad, esto es, reclama en concepto de lucro cesante. A estos efectos, si bien como tiene declarado la Jurisprudencia, la indemnización debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, no puede sin embargo computarse como tal a efectos indemnizatorios el beneficio que se pensaba obtener de una actividad y no se obtuvo (Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2006) o, como señala la STS de 19 de octubre de 1990, reiterando la de 19 de mayo de 1987, en lo relativo a ganancias dejadas de percibir, no procede estimar la reclamación en relación con supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. El daño reclamado no reviste por consiguiente el carácter de daño real y efectivo, sino meramente hipotético pues se basa en estimaciones acerca de los beneficios que pudiera generar una futura actividad a la que no se ha dado comienzo.

A ello se añade que, según consta en el expediente, la interesada procedió a arrendar el inmueble a otra entidad al menos desde julio de 2005, por lo que no

procedería el planteamiento de reclamación alguna por beneficios dejados de obtener a partir de ese momento.

Únicamente cabría valorar si el retraso producido es generador de responsabilidad para la Administración, al no haber reconocido, una vez transcurridos los plazos, el carácter estimatorio del silencio producido, que la interesada entiende producido desde el 4 de junio de 2000, obviando, sin embargo, que en el procedimiento se procedió a la suspensión del plazo para resolver en varias ocasiones, si bien, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 31 de mayo de 2007, no en todos los casos se dio cumplimiento a lo previsto en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, ya que no se comunicó a la interesada algunas de las suspensiones producidas.

De este retraso tampoco surge la responsabilidad patrimonial para la Administración, pues no ha producido un daño real y efectivo en la esfera patrimonial de la interesada, ya que de él únicamente deriva, como antes se ha señalado, la imposibilidad de continuar el procedimiento para la obtención de las restantes autorizaciones y licencias, sin que éstas hubieran sido necesariamente obtenidas por el hecho de contar con la autorización previa. Es cierto que la actuación de la Administración no ha sido totalmente correcta a lo largo del proceso, desde su inicio, al no haber asumido el efecto positivo del silencio en este asunto, por demás generado por su propia inactividad, así como al dictar una Resolución expresa desestimatoria en estas circunstancias, forzando a la afectada a acudir a la Jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de sus intereses, de lo que, en su caso, podría derivarse algún tipo de perjuicio o daño, moral o aún económico. Pero no sólo no se alega ni acredita por la reclamante la producción del mismo, sino que tampoco es argumentable la generación del alegado daño moral derivado directamente de esta indebida actuación administrativa, pues, obtenida la autorización previa por aplicación de la norma reguladora del silencio administrativo, que la interesada debía conocer, ésta pudo haber seguido con el procedimiento tras obtener tal autorización.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación presentada, es conforme a Derecho, no teniendo que indemnizar la Administración Insular a la interesada de conformidad con lo expuesto en el Fundamento IV.