



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 8 3 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de septiembre de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por daños ocasionados a diversos particulares, M.G.M., J.R.S., A.N.O., J.L.N.O. y la entidad R.28, S.L., como consecuencia de la ocupación de terrenos de su propiedad para la ejecución de la obra Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura (EXP. 442/2009 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Presidente del Excmo. Cabildo Insular de Fuerteventura, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad por daños ocasionados a diversos particulares como consecuencia de la ocupación de terrenos de su propiedad para la ejecución de la obra "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura".

La legitimación del 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 prevenido en el art. 11.1.D.e) de la citada Ley, al tratarse de un procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por una de las Administraciones Públicas de Canarias.

* PONENTE: Sr. Díaz Martínez.

II

1. Los hechos que han dado origen al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

A. En fecha no determinada en el expediente remitido a este Consejo, se procedió por parte de la Corporación Insular a la ocupación, sin previa cesión, compra o expropiación, de diversos terrenos de propiedad particular para la ejecución de la obra del Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura. Consta que esta obra fue adjudicada mediante concurso y procedimiento abierto con fecha 14 de mayo de 2003, levantándose el acta de comprobación del replanteo el día 12 de junio del mismo año.

Los propietarios afectados son M.G.M., J.R.S., A.N.O., J.L.N.O. y la entidad R.28, S.L.

En el expediente consta acreditada su titularidad dominical sobre los respectivos terrenos, todos de 336 m² de superficie, mediante las correspondientes escrituras públicas.

B. Según relatan los afectados en escrito presentado durante el trámite de audiencia concedido en el presente procedimiento, en los meses de enero-febrero de 2006 presentaron escritos ante el Cabildo Insular en los que se denunció la invasión de sus terrenos para la construcción de la citada obra, que fueron ignorados por la Administración, continuando la ejecución de los trabajos.

Señalan, además, que ante esta situación se vieron en la necesidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra el Cabildo por la ocupación de sus solares, que fue admitido a trámite, formándose el oportuno procedimiento ordinario nº 181/2006 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas, en el que la Administración insular se opuso a la demanda presentando el oportuno escrito de oposición, ignorándose en que términos; situación que se mantiene en la actualidad al menos respecto al montante de la reclamación planteada por los recurrentes.

De la documentación aportada con estas alegaciones resulta que mediante Diligencia de ordenación de 21 de julio de 2008, se declaró el pleito concluso para dictar Sentencia, sin que conste en el expediente que ésta haya sido efectivamente dictada.

C. Con fecha 18 de diciembre de 2008 y al objeto de llegar a un acuerdo extrajudicial con los recurrentes, se les remite a cada uno de ellos oferta de

adquisición de sus respectivos terrenos por parte del Consejero Delegado de Régimen Interior, Personal y Patrimonio. De este escrito resultan, a su vez, los siguientes antecedentes:

El 21 de febrero de 2008 se emitió Propuesta conjunta de las Consejerías de Infraestructuras y Medio Ambiente y de Turismo del Cabildo solicitando incoación de expediente para la adquisición de las fincas ocupadas total o parcialmente por la obra del Edificio de Formación y Congresos, al objeto de llegar a un acuerdo extrajudicial con los recurrentes.

En esta Propuesta se identifican, con sus referencias registrales, las parcelas ocupadas y se recoge un informe emitido por la Dirección de la ejecución material de las obras donde expone la conveniencia de la citada adquisición, adjuntando plano de situación donde se indica, sobre la cartografía catastral, la ubicación actual del topográfico de los solares de los propietarios que han sido ocupados por las obras del Edificio de Formación y Congresos.

Asimismo, al objeto de llegar a un acuerdo con los propietarios afectados se realizaron tres tasaciones efectuadas por dos empresas de valoraciones y tasaciones inmobiliarias. A su vez, estas tasaciones fueron sometidas a informe técnico de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias.

La primera tasación, realizada por T.I., S.A. con fecha 30 de agosto de 2006 y encargada por uno de los propietarios afectados, valora una superficie de 336 m² en 470.596,09 euros.

La segunda tasación, realizada por la entidad T.A.S.A.F.U.E.R., de fecha 28 de diciembre de 2006, encargada por el Cabildo, valora una superficie de 2.016 m² en 749.387,40 euros. Procede señalar en este momento que, en el cómputo de la superficie total (2.016 m²), se ha incluido por la entidad tasadora una parcela propiedad del Ayuntamiento de Puerto del Rosario de 336 m² que resultó igualmente ocupada por la obra ejecutada por el Cabildo. La aludida Corporación Local no consta, sin embargo, como parte interesada en este procedimiento.

Finalmente, la última de las tasaciones, realizada también por T.A.S.A.F.U.E.R. con fecha 30 de marzo de 2007 y encargada por acuerdo de ambas partes, valora una superficie de 2.016 m² en 1.403.438,40 euros.

El informe emitido por técnico de la Dirección General de Patrimonio a que antes se ha aludido, de fecha 30 de octubre de 2008, considera la tasación de 30 de marzo de 2007 la más ajustada al valor del mercado actual.

La Corporación, no obstante estas tasaciones, mantiene el acuerdo verbal que se dice alcanzado en su día con los propietarios afectados y realiza una oferta que asciende a la cantidad de 225.000 euros por la adquisición de cada uno de los terrenos.

D. La oferta realizada fue expresamente aceptada por cada uno de los propietarios mediante escritos con similar contenido de fecha 19 de diciembre de 2008. Esta aceptación, sin embargo, se encontraba sometida a las condiciones de que la formalización de la escritura pública de compraventa se llevara a cabo antes del 31 de diciembre del mismo año y que el pago del precio se hiciese efectivo en el momento de la firma de la citada escritura pública y por cheque nominativo conformado por la entidad financiera.

E. El 14 de enero de 2009 se emite informe de la Secretaría General de la Corporación relativo al expediente de contratación para la adquisición de terrenos en el Edificio de Formación y Congresos.

Es el mismo se informa desfavorablemente el expediente iniciado para la adquisición de los terrenos, al considerarse que no estaba debidamente justificado, ni haberse aportado la documentación legalmente exigida. Se resalta, a estos efectos, que no se ha aportado la memoria exigida por el art. 116 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, sino una serie de documentos independientes, en los que se afirma que el motivo de la adquisición es el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varias personas físicas y jurídicas contra la vía de hecho consistente en la ocupación de los terrenos, por una obra promovida por el Cabildo, y que se trata de alcanzar un acuerdo extrajudicial con la parte recurrente previos informes que justifican la adquisición de los terrenos invadidos. En estos informes se afirma que el proyecto de las obras, ya desde su concepción primigenia, necesitaba de la ocupación de otros terrenos. Estima, por ello, la Secretaría General que se había concebido un proyecto al margen de la disponibilidad de los terrenos por el Cabildo Insular y que de la documentación obrante en el expediente se deduce que la única justificación de la adquisición es la decisión, bien del técnico proyectista, bien del técnico decisor o de ambos, de ocupar terrenos ajenos a la propiedad del Cabildo Insular. Se plantean, además, diversos reparos en relación con la categoría urbanística del suelo afectado.

Por todo ello se considera en este informe, con cita de diversa jurisprudencia, que es la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración la que debería servir de soporte a la adquisición de los terrenos, al haberse producido la privación singular de un bien inmueble sin sujeción a las normas, trámites y garantías establecidas en la legislación sobre expropiación forzosa y sin haberse indemnizado a los titulares.

F. El 25 de febrero de 2009 se emite informe de fiscalización de la Interventora Accidental, con carácter previo a la autorización del gasto correspondiente para la adquisición de los terrenos, en el que se plantea reparo al estimar, con base en el informe de la Secretaría General, que procede la indemnización a los propietarios afectados.

2. Con estos antecedentes y previo informe jurídico al respecto, se acuerda mediante Decreto de la Presidencia del Cabildo Insular de 15 de mayo de 2009 la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En el procedimiento tramitado se ha otorgado audiencia a los interesados, quienes, en escrito conjunto presentado con fecha 1 de junio de 2009, si bien estiman ajustada a Derecho la iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial, muestran sin embargo su disconformidad en relación con la referencia contenida en el acto de inicio del procedimiento a la existencia de aceptación por cada uno de ellos de una indemnización por importe de 225.000 euros. Aducen a estos efectos que la aceptación a la oferta realizada en su momento por la Corporación se encontraba condicionada al cumplimiento de las dos condiciones a que ya se ha aludido y que no se llevaron a cabo. Estiman, por ello, que tal aceptación no puede hacerse extensiva a una posible indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este escrito reclaman una cantidad en concepto de valor del terreno coincidente con la fijada en el informe de tasación elaborado por T.I., S.A., que asciende a la suma total de 2.352.980,30 euros. Se solicita, además, una indemnización por los daños y perjuicios morales sufridos por un importe igual al valor de los terrenos.

La Propuesta de Resolución, en la que no se emite ningún pronunciamiento sobre las alegaciones realizadas, mantiene la cantidad de 225.000 euros para cada uno de los terrenos, con base en la aceptación por los propietarios de la oferta realizada por la Corporación en su día.

3. En lo que a los aspectos procedimentales se refiere procede señalar, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de la viabilidad de la vía elegida por la Administración, que el procedimiento ha sido correctamente tramitado no siendo exigible en este supuesto, dadas las circunstancias, la apertura de trámite probatorio, vista la documentación obrante en el expediente y el resultado del trámite de audiencia antes comentando.

No obstante, se significa que el Decreto de la Presidencia de inicio del procedimiento ha incorporado incorrectamente la posibilidad de plantear recursos contra el mismo, pues no resulta procedente dado su carácter de acto de trámite. Por otro lado, en la propuesta de Resolución se concede un nuevo trámite de audiencia a los interesados, que se estima igualmente improcedente, dado que este trámite ha de concederse, como señala el art. 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución, aunque no consta en el expediente que se hubiera practicado notificación alguna al respecto a los interesados con anterioridad a la solicitud de Dictamen de este Consejo. Desde luego, la formulación de la Propuesta es el último trámite a efectuar en el procedimiento, previo al Dictamen, debiendo efectuarse a la vista de las alegaciones de los interesados y siempre con el contenido contemplado en el art. 89 LRJAP-PAC.

III

1. En el expediente ha quedado acreditado que la Corporación insular ocupó y usó diversos terrenos de propiedad particular, así como del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, para la ejecución de la obra "Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura" sin título jurídico alguno que le diera cobertura. Lo que se ha producido es, pues, una actuación por la vía de hecho, dado que no se tramitó procedimiento alguno, en particular el previsto en la legislación de expropiación forzosa.

Por eso, la primera cuestión a dilucidar en este caso es, precisamente, la adecuación de la vía procedimental que la Corporación ha escogido y a través de la que pretende la adquisición de los terrenos ocupados con el pago de una indemnización a los particulares que cubran su valor. Se plantea, en definitiva, si la finalidad perseguida por la Administración puede ser obtenida mediante un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración al amparo de los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC, obteniendo así la titularidad de los terrenos

ocupados y subsanando, de paso, el correspondiente vicio parcial generado en la contratación de obra pública efectuada por indisponibilidad de terrenos para su ejecución.

2. Pues bien, ha de advertirse que la doctrina del Consejo de Estado mantiene reiteradamente que, cuando los daños alegados, como ocurre en el presente caso, han consistido en la ocupación por la vía de hecho de la totalidad o de parte de las parcelas propiedad de los afectados por la ejecución de una obra pública, debe incoarse un procedimiento expropiatorio, por cuanto no es posible indemnizar los perjuicios causados por la Administración mediante el cauce de la responsabilidad patrimonial, pues el valor de los derechos patrimoniales afectados procede que sea abonado a sus titulares mediante la relación expropiatoria legalmente prevista a este fin.

En este sentido, se observa que, estando en juego la titularidad de los terrenos ocupados, el cambio de la misma a favor de la Administración exige un procedimiento expropiatorio, sin perjuicio de que para transferirla de los particulares a la Administración, procediere realizar los pertinentes ajustes en la determinación del justiprecio, con el subsiguiente cambio en la inscripción del Registro de la Propiedad. (Dictámenes 3966/1996, 948/1999, 1181/2001, 456/2006, 2604/2006, 306/2008).

Además, el Consejo de Estado señala que esta posición, mantenida en los Dictámenes citados, se compadece con la sostenida en otros en los que admite la viabilidad de tramitarse un procedimiento de responsabilidad patrimonial en los casos a los que se refieren, al no estar involucrado cambio en la titularidad de los terrenos afectados.

3. Por otra parte, también este Consejo Consultivo ha tenido oportunidad de abordar un supuesto similar al presente en su Dictamen 122/2000, de 28 de octubre, en el que se realiza una expresa referencia a la mencionada doctrina del Consejo de Estado. Así, señala que no cabe utilizar el procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando el supuesto de hecho del que trae causa y la reparación del daño causado, como aquí sucede, tiene prevista otra vía procedimental específica en el Ordenamiento jurídico, en principio y por lo general.

Sin embargo, en el propio Dictamen se pone también de manifiesto que *“Desde otra vertiente, la utilización para estos casos del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido expresamente avalada por el Tribunal*

Supremo en su Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 7950), en la que, a pesar de entender que «las acciones de responsabilidad responden a supuestos distintos de los contemplados en la expropiación forzosa, (...) de tal suerte que los perjuicios derivados de la expropiación deben ser reclamados por el cauce del expediente del justiprecio», sostiene que «no puede desconocerse, sin embargo, que existe una similitud básica, derivada de su común finalidad resarcitoria, entre la indemnización por expropiación forzosa y la que procede del daño o perjuicio causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...)» y que «la distinción entre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y el de expropiación forzosa, aun resultando obligada por imperativo de la Ley, no es, pues, sustancial, sino que tiene carácter formal o adjetivo».

Y continúa: *“Por ello declara (con cita del Auto de 2 de marzo de 1994 -Ar. 1662- y Sentencia de 8 de marzo de 1997 -Ar. 2292-) la alternatividad de la exigencia de responsabilidad patrimonial con la vía de la fijación del justiprecio en un expediente de expropiación, lo que se justifica por el hecho de que la Administración no puede exigir, cuando infringe sustancialmente el procedimiento y por ello incurre en una vía de hecho, que para reclamar los perjuicios producidos el particular se atenga precisamente a la vía procedimental que aquella debió seguir y no siguió, pues al abandonarla y dejar de lado las prerrogativas inherentes al procedimiento omitido legítima al particular perjudicado apara acudir a los mecanismos legales que resulten procedentes en función de la sustancia propia de los hechos perjudiciales, incluidos los interdictos civiles (art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa)”.*

Finalmente, indica: *“El recurso a la vía de la responsabilidad patrimonial también se encuentra implícitamente admitido en la STS de 11 de octubre de 1993 (Ar. 7168)”.*

No obstante, en el citado Dictamen de este Consejo, número 122/2000, se observa que *“en aquellos supuestos en los que el interesado, con fundamento en el art. 125 LEF, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la ocupación de terrenos por la Administración sin mediar procedimiento alguno, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha ordenado la incoación del correspondiente expediente expropiatorio por los trámites legalmente previstos hasta el pago del justiprecio que se fije, y ello con independencia de que por la ilegal ocupación proceda abonar una justa compensación, con fundamento en que al justiprecio por la privación del terreno ha de añadirse la indemnización por una actuación equiparable a las vías de hecho, pues, de no reconocerse aquélla, resultarían equivalentes los*

actos legales a los ilegales (STS de 6 de julio de 1996 -Ar. 5642- y las que en ella se citan)".

La aplicación de esta última jurisprudencia al presente caso implicaría que, por parte de la Administración, se debió proceder a la tramitación del expediente expropiatorio, máxime cuando el procedimiento de responsabilidad patrimonial instruido se inicia de oficio y con él aparentemente solo se pretende abonar a los particulares afectados el valor de los terrenos ilegalmente ocupados, ya que han de valorarse los daños que se producen por la propia ilegalidad y los adicionales que se hubieran podido producir, debidamente justificados. Sobre todo, cuando los afectados han manifestado su disconformidad con la indemnización que se propone por los motivos ya indicados.

4. Resulta también del expediente una cuestión que no ha sido expresamente abordada en la Propuesta de Resolución, que es la de que, contra la expropiación operada por la vía de hecho, los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo. No constan en el expediente los términos en que este recurso fue planteado, si bien mediante Providencia de 3 de septiembre de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, se fijó su cuantía en 2.352.980,30 euros; cantidad coincidente con la reclamada por los interesados en concepto de valor de los terrenos en su escrito presentado en el trámite de audiencia. Y, como se adelantó, el proceso, en fecha 21 de julio de 2008, se ha declarado concluso para dictar sentencia.

En definitiva, aunque la Administración, a los fines de alcanzar un acuerdo extrajudicial, inició primero un expediente para la adquisición de los terrenos ocupados, y luego, ante los reparos de la Secretaría y la Intervención, el presente de responsabilidad patrimonial, los interesados han manifestado su disconformidad a la pretensión indemnizatoria de la Administración.

Por eso, presumiblemente, la resolución del procedimiento en los términos expresados en la Propuesta no será aceptada por aquéllos y no se alcanzará la satisfacción extraprocésal intentada, cabiendo la interposición de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra ella cuando del asunto ya lo está conociendo el correspondiente órgano jurisdiccional. Con ello, la situación creada acarrearía problemas con el alargamiento del conflicto, que podrían generar incremento de la valoración de daños y perjuicios a justificar, en su caso. Todo ello

independientemente de la posible repercusión sobre la ejecución de las obras de referencia.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución es cuestionable por razones formales de orden procedimental, siendo la propia Administración quien inicia el procedimiento de responsabilidad en principio no aplicable en este caso. Incluso admitiendo su posible uso excepcional, en todo caso es inadecuada por no estar debidamente calculado el quantum indemnizatorio, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento III.

2. La negativa de los interesados en aceptar la propuesta indemnizatoria de la Administración, no culminándose el procedimiento convencionalmente mediante acuerdo indemnizatorio, puede producir los efectos expuestos en el punto 2 del Fundamento III.

3. En todo caso, habrá de estarse a los términos de la Sentencia pendiente de dictarse en el proceso contencioso-administrativo tramitado, no pudiéndose resolver en sentido alguno después de haberse dictado la misma.