



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 815/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de noviembre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Gomera en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.M.H., en nombre y representación de la entidad G.V., S.A., por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la autorización previa al ejercicio de una actividad turística, acordada en ejecución de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de los de Santa Cruz de Tenerife (EXP. 777/2010 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Cabildo Insular de La Gomera por daños que se imputan a la anulación de la autorización previa al ejercicio de una actividad turística, en ejecución de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de los de Santa Cruz de Tenerife.

2. Es preceptiva la solicitud de Dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, debiendo ser efectivamente remitida por el Presidente del Cabildo Insular de La Gomera, de conformidad con el art. 12.3 de la citada Ley.

3. El representante de la empresa afectada manifiesta que, en virtud de la Resolución del Cabildo Insular de La Gomera de fecha 27 de octubre de 2006, se acordó conceder a su mandante, tras la presentación del correspondiente proyecto, la autorización previa para el ejercicio de la actividad turística de un hotel-

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

apartamento, categoría 4 estrellas, con capacidad alojativa para 130 plazas, situado en Playa de La Calera, en el término municipal de Valle Gran Rey.

Posteriormente y al amparo de dicha autorización, el 28 de octubre de 2006 la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Valle Gran Rey le otorgó licencia edificatoria para la ejecución del referido hotel-apartamento.

El 30 de septiembre de 2008 se dictó la Sentencia de referencia, por la que se acordó declarar no conforme a Derecho la Resolución del Cabildo Insular antedicha. Y, en su ejecución, se dictó Resolución de la Presidencia del Cabildo de 15 de enero de 2009 por la que se anuló la autorización correspondiente.

Lo que, al eliminar toda cobertura jurídica a la explotación hotelera proyectada y hacer inútil la inversión realizada, le ha ocasionado daños y perjuicios que se desglosan en 11.404.088,38 euros en concepto de daño emergente y en 9.976.645,63 euros por lucro cesante. Por ello, se reclama una indemnización total de 21.384.734,01 euros.

2. En este supuesto son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, siendo una materia cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello. Asimismo, el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y, naturalmente, la normativa aplicable en la materia afectada, autonómica y, en su caso, estatal.

II

1. El *procedimiento* se inició con la presentación del escrito de reclamación, que tuvo lugar el 14 de agosto de 2009. Su tramitación se desarrolló de acuerdo con las exigencias previstas en la legislación en la materia.

Por último, el 21 de septiembre de 2010 se formuló la Propuesta de Resolución, habiendo ya vencido el plazo resolutorio.

2. Concurren los *requisitos legalmente* establecidos para poder hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139 y 142 LRJAP-PAC), sin perjuicio de lo que en su momento se observará sobre el daño sufrido.

III

1. La Propuesta de Resolución es de sentido desestimatorio al considerar el órgano instructor que en el presente asunto concurre una evidente culpa, incluso dolo, por parte de la empresa interesada; lo que implica que sea de aplicación la excepción prevista en el inciso final del art. 35.d), del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Así, sostiene que dicha empresa actuó con mala fe, pues el 20 de noviembre de 2008 presentó una nueva solicitud para idéntica actividad y establecimiento hotelero, advirtiéndose al hacerlo que se modifica el proyecto para adaptarlo a lo que se establece en la Sentencia, cumpliéndose así con las previsiones exigidas por el Decreto 10/2010, de 22 de enero; es decir, con los estándares turísticos. Además, se dice que esta normativa no exige que por parte del Cabildo ha de procederse a verificar la propiedad de la superficie que sirve para dar cumplimiento al estándar de densidad del suelo.

El órgano instructor también argumenta que el Ayuntamiento de Valle Gran Rey debió informar adecuadamente sobre la superficie afectada, lo que no hizo, operando el Cabildo Insular al ejercer su competencia autorizatoria sobre las base de datos erróneos aportados por la interesada y el propio Ayuntamiento.

2. Pues bien, el análisis de adecuación de la Propuesta de Resolución requiere tener en cuenta una serie de hecho reflejados en la documentación obrante en el expediente.

En primer lugar, en el Acta de la sesión ordinaria celebrada el 4 de mayo de 2004 por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Valle Gran Rey, consta el Acuerdo por el que se otorgó a la empresa interesada licencia para la construcción de cierta edificación, transcribiéndose en la misma el Informe emitido por la Oficina Técnica Municipal, según el cual, inspeccionado el proyecto de referencia, éste contempla la realización de un edificio ubicado en suelo urbano con calificación de "edificación cerrada", si bien también incluye la ampliación de la planta sótano bajo una futura plaza pública; todo ello ubicado dentro de la Unidad de Actuación número 2, con una superficie bruta de 8.020,00 metros cuadrados.

Por tanto, en el año 2004 era conocido que la superficie de la parcela afectada era bruta, sin estar entonces afecta ciertamente a la construcción de un complejo hotelero; esto es, no era la parcela referida a la resultante de realizar las cesiones

de terrenos legalmente exigidas, como se constata en los Informes municipales, suponiendo antecedente del diferente proyecto presentado en el año 2006, con cambio de uso del edificio correspondiente.

En este sentido, la Sentencia de 30 de septiembre de 2008 señala que el Informe técnico del Ayuntamiento aportado con la demanda recoge y certifica que la superficie de la Unidad de Actuación concernida se refiere a metros cuadrados brutos, de modo que, como tal, esta sometida a los derechos y deberes de suelo urbano no consolidado previstos en el art. 72 TRLOENC, estando por ello sujeta a las sesiones de terreno correspondientes.

Por otro lado, procede advertir que, en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Valle Gran Rey de 28 de octubre de 2006, objeto de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1, de los de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de enero de 2009, se recuerda el antes mencionado Acuerdo de dicha Comisión de 4 de mayo de 2004 y que, por ulterior Acuerdo suyo, se amplió el plazo de ejecución de las obras que amparaban la correspondiente licencia concedida, pero, por el transcurso del tiempo y sin que el promotor hubiere instado su renovación, tal licencia está caducada y sin efecto.

Por tanto, es evidente que la segunda licencia de construcción concedida por el Ayuntamiento se acuerda con posterioridad a que el Cabildo resolviese la autorización previa a la misma en orden a efectuarse actividad turística, incluido el cambio del proyecto original, y visto el contenido de la Resolución insular que la otorgó, es claro que la primera licencia y el carácter bruto de la parcela afectada por ambas edificaciones, no turística primero y turística después, podrían conocerse previamente a la elaboración al Informe del Cabildo Insular en que se basó tal Resolución.

Así, este informe se refiere expresamente a la autorización relativa a un hotel-apartamento de cuatro estrellas a construir en Playa Calera, término municipal de Valle Gran Rey. Y se trata, como se indica en su propio encabezamiento, de un Informe de supervisión a elaborar por los técnicos del Cabildo. Precisamente, en su punto 2.2.2 referente al estándar mínimo de densidad del suelo, se dice que es de 61,69 m²/plaza, y, por tanto, suficiente, pero el cálculo se hace sobre un dato que manejan erróneamente sin justificación para ello. Y es que, pese a los antecedentes indicados y sin efectuar ninguna comprobación o control, se sostiene que la parcela destinada al hotel-apartamento, plaza y zona de esparcimiento y ocio tiene una superficie útil de 8.020 m².

Sin embargo, constaba o era detectable y comprobable que esos 8.020 m² era de superficie bruta, de modo que la parcela destinada al complejo hotelero debía ser necesariamente inferior, comportando esta circunstancia el obligado incumplimiento del estándar de densidad.

Finalmente, en la Sentencia de 30 de enero de 2009 se señala ciertamente que la vulneración del estándar en cuestión del previsto en el art. 5 del Decreto 10/2001 no puede ser ajena a la actuación del Ayuntamiento, pero en relación con el otorgamiento de la licencia de construcción, que, además y como se dijo, se produce después de que el Cabildo resolviera la autorización previa a la misma, sin la que no hubiera podido otorgarse. Desde luego, la Sentencia advierte que el precepto citado establece un mínimo que no puede ser superado, por lo que, si un proyecto lo supera, nunca podría haber conformidad con el planeamiento, cuya observancia corresponde ser comprobada por la Corporación Local. Por eso, se señala que, si el uso turístico supera el mínimo del art. 5 del Decreto 10/2010, no podrá ser conforme con las normas subsidiarias que deben respetar ese mínimo, siendo el Ayuntamiento competente para denegar la solicitud. Pero de la licencia y tras actuar el Cabildo.

Obviamente, el mismo argumento vale en relación con éste y respecto a la autorización previa, de modo que el defecto del Ayuntamiento, legal y también fácticamente, se produce después del error del Cabildo.

En cualquier caso, no se acredita, ni en forma alguna consta en el expediente, que la interesada obviara u ocultara la circunstancia de que la superficie afectada era bruta y no neta o que era la destinada al conjunto de hotel, plaza y sótano, limitándose a reajustar el proyecto original para plasmarlo en la misma superficie disponible del principio, que ambas Administraciones actuantes conocían o podían conocer que tenía carácter bruto.

IV

1. Visto lo expuesto, es preciso determinar si se dan los requisitos previstos en el art. 35.d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo para que proceda la exclusión de toda responsabilidad patrimonial de la Administración, estableciendo al efecto que ha de concurrir dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado. Por tanto, la necesaria actuación dolosa, culposa o negligente a este fin ha de ser no sólo grave, sino producida en exclusiva por el interesado.

2. Pues bien, la Administración sostiene que la empresa afectada actuó con mala fe indicadora de dolo o culpa, pero sólo aduce para fundarlo el escrito de reclamación presentado por ella en 2008, dos años después de que se concediera la autorización concedida y anulada. Por eso, la observación allí recogida que se trate a colación se refiere a supuesto futuro y no al producido previamente, por más que sea errónea.

Así, ante tal observación del solicitante, la Administración no puede dejar de actuar de acuerdo con la normativa aplicable, no debiendo usarla para justificar sin más su inactividad al respecto, ni para amparar el desconocimiento por sus técnicos de dicha normativa. Además, el error de la empresa se conecta con la afirmación contenida en una de las sentencias antes mencionadas de que corresponde al Ayuntamiento hacer el control del estándar de densidad, aunque, refiriéndose a la licencia de construcción y no a la autorización previa, pero sin excluir la misma función del Cabildo en relación con ésta.

Y, en fin, el hecho de que se solicite más de una vez la autorización relativa a cierto proyecto no es necesariamente síntoma de mala fe cuando aquél ha tenido modificaciones que, a mayor abundamiento, responden a la necesidad de adecuarlo a la normativa vigente, por exigencia judicial, debiendo hacerlo para solventar las nulidades decididas y, en definitiva, obtener las deseadas autorización y licencia.

3. Por lo que respecta al Ayuntamiento aludido por el Cabildo, se observa que no es interesado en este procedimiento de responsabilidad, no sólo porque obviamente no ha sufrido daños por la actuación administrativa, correctamente insular, sino porque no puede ser parte del procedimiento de autorización cuya indebida resolución los causa, en cuanto no se prevé su intervención como tal en éste y ni siquiera influye su actuación en la decisión del Cabildo al respecto, pues ha de producirse con otro objeto y una vez producida aquélla. Por lo demás y en cuanto a la efectuada con anterioridad en relación con el proyecto original, no hotelero, parece correcta, sin que tampoco conste que el Cabildo requiriera su colaboración para decidir o que en todo caso, le suministrara información inadecuada.

En este sentido, siendo ello notorio o fácilmente comprobable, se recuerda que, en los Informes iniciales del Ayuntamiento sobre tal proyecto original, constaba que la superficie de la Unidad de Actuación nº 2, en Playa de La Calera, destinada al mismo tenía 8.020 m² brutos. Por eso, cuando no prosperó aquél y caducó la licencia de construcción correspondiente, presentándose otro modificado para hotel-apartamento en el mismo lugar, el Servicio competente del Cabildo, conocedor de la

normativa aplicable y dotado suficientemente, debió comprobar, a los efectos de concesión de la autorización previa solicitada, el cumplimiento de los estándares previstos, incluido el de densidad del suelo, al disponer de los datos pertinentes para ello o pudiendo disponer de ellos, máxime dadas las circunstancias antecedentes.

Y distinto es que, cuando luego se solicitó la licencia de obras para construir el complejo hotelero al Ayuntamiento, los técnicos de éste debieran también efectuar las procedentes comprobaciones para concederla, no habiéndolo hecho improcedentemente como se ha dicho, aunque debiendo efectuarlo después de otorgarse por el Cabildo la autorización, en procedimiento distinto. Lo que aconteció en este caso, actuándose con el conocimiento de que ésta había sido concedida sin problema alguno.

V

Por consiguiente, en este caso existe relación de causalidad entre el funcionamiento deficiente del servicio competencia del Cabildo, al no realizar sus técnicos las comprobaciones necesarias de forma exigible y posible, y el daño padecido por la empresa interesada, sin que pueda apreciarse exclusión de responsabilidad al no resultar acreditada suficientemente la necesaria actuación de la interesada con grave y manifiesto dolo, culpa o negligencia en relación con la actuación administrativa que trae causa.

En consecuencia, la Propuesta de Resolución se considera jurídicamente inadecuada, procediendo estimar la reclamación aunque parcialmente, en cuanto no son indemnizables todos los daños y perjuicios aducidos por la interesada, pues deben ser efectivos y conectables al actuar administrativo.

Así, no procede indemnizar el lucro cesante reclamado, en cuanto que se trata de un concepto futuro e hipotético cuya real existencia no se ha demostrado y que, en este caso, difícilmente puede serlo cuando no se ha realizado actividad hotelera alguna, ni podría haberse hecho legalmente al no ajustarse la construcción a la normativa aplicable.

En cuanto al daño emergente, ha de excluirse el valor del terreno por la obvia razón de que sigue teniendo igual calificación y propietario, al igual que la propia construcción, salvo en el costo que suponga su adaptación al estándar de densidad legalmente previsto y aquí incumplido, incluyendo obras e informes o gastos adicionales, que ha de indemnizarse, así como los gastos que hubiere soportado, en

su caso, en el proceso generado por la inadecuada actuación administrativa, gastos, todos ellos, que deberán ser debidamente justificados.

En todo caso, la cantidad resultante ha de actualizarse al momento de resolverse el procedimiento, en aplicación del art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho, existiendo relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño sufrido, aunque sólo debe indemnizarse a la interesada en los términos expuestos en el Fundamento V.