



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 3 / 2 0 1 1

(Pleno)

La Laguna, a 31 de mayo de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la entidad K.K., S.A. por daños ocasionados como consecuencia de la incidencia que sobre sus derechos ha tenido el bloque normativo de la denominada "moratoria turística", sobre las parcelas RT.2A, RT.9A y RT.9B del municipio de Adeje (EXP. 208/2011 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 24 de marzo de 2011, Registro de Salida del 29 y de Entrada en este Consejo el 31, el Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente interesa preceptivamente la emisión de Dictamen por el procedimiento ordinario, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), y el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en relación con la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de la entidad K.K., S.A. (la entidad interesada), por los daños que alega sufridos a consecuencia de la incidencia que sobre sus derechos ha tenido el bloque normativo de la denominada "moratoria turística", particularmente sobre las parcelas RT.2.A, RT.9.A y RT.9.B del Plan Parcial B.T., del Municipio de Adeje (el Plan Parcial).

Se valora el daño en 42.805.641 €, cantidad en la que cifra el aprovechamiento lucrativo de las parcelas que se ha dejado de obtener, aplicándose al efecto el

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

euribor vigente en cada momento desde el año 2003 hasta el día que se levante la suspensión.

El Pleno del Consejo, en sesión celebrada el 13 de abril de 2011, acepta su competencia para dictaminar los asuntos trasladados al mismo por la Sección I, dada su complejidad y trascendencia, y asigna las Ponencias a los Sres. Consejeros siguientes: Don Antonio Lazcano Acedo, Expte. 208/2011 ID; Don Óscar Bosch Benítez, Expte. 210/2011 ID; y Don José Rafael Díaz Martínez, Expte. 211/2011 ID.

2. La Propuesta de Resolución concluye un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tras rechazarse la pretensión de la reclamante de que el procedimiento fuera tramitado al amparo de la legislación de expropiación forzosa que, en efecto, no procede pues como se indica en la Propuesta de Resolución no se trata de hacer frente a las posibles consecuencias derivadas de una privación singular de derechos, entre otras ausencias relativas a las notas características de aquella institución, como la de que la expropiación forzosa implica necesariamente que tal actuación lo es con la finalidad explícita de producir una privación forzosa por razones de interés público y social.

El órgano competente para la resolución de la citada reclamación es el Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente, de conformidad con la reorganización operada en el Gobierno de Canarias, al sustituir en sus competencias a la extinta Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial. Legitimación que, según la reclamante, es competencia del Gobierno de Canarias pues el daño lo imputa a omisiones del Legislador.

Otras reclamaciones anteriores se han dirigido directamente al Gobierno, en base a la misma consideración. La Propuesta no considera que proceda tal alegación porque se entiende que las medidas a las que se imputa el daño tienen alcance "ambiental y territorial" -por lo que la competencia sería de la Consejería con responsabilidades en tales ámbitos materiales-; porque además de medidas legales (Leyes 6/2001 y 19/2003/ también se han adoptado normas reglamentarias (Decretos 4 y 126/2001); porque "una de esas Leyes fue aprobada como resultado de un procedimiento de naturaleza similar a la de los procedimientos bifásicos, [pues (...)] la iniciativa correspondió al Gobierno y fue tramitada por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación territorial"; y porque no ha habido iniciativa departamental o gubernativa que haya motivado la intervención del Gobierno "en función de criterios de oportunidad que así lo justifiquen".

La Propuesta rechaza que los citados Decretos, confirmados luego por la Ley 6/2001, hubieran causado daño alguno al disponer medidas cautelares de duración determinada. La Propuesta asume que el daño, de existir, se habría causado entre los años 2006 y 2009 al no haber aprobado el Parlamento la Ley trienal que exigía la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias; si bien, para el trienio 2009-2011, la Ley 6/2009, de 6 de mayo, ha cumplido el papel de ley trienal conforme al mandato de la Directriz 27 de la Ordenación del Turismo. Además, el primer trienio ya se encontraba cubierto por la propia Ley 19/2003.

3. Consta en las actuaciones la legitimación activa de la entidad reclamante, que acredita ser titular de fincas adscritas al Plan Parcial.

También plantea la propia Propuesta de Resolución que los daños causados lo son por la inacción o inactividad del Ayuntamiento (planeamiento y actos de ejecución: proyectos de urbanización y de compensación); lo que determinaría que la reclamación hubiera debido plantearse ante la Administración local afectada.

En cuanto al plazo de interposición, la Propuesta de Resolución concluye-cuando debiera ser una consideración inicial- "no estamos ante un daño continuado sino ante un daño permanente". En el daño continuado el *dies a quo* es el día en el que cesa la causa originaria del daño, mientras que en el daño permanente el plazo comienza desde la producción del hecho dañoso (vencimiento de los plazos por causa imputable a la Administración); por aplicación de la LRJAP-PAC el *dies a quo* es el día en que se produzca el primer incumplimiento de alguno de los plazos anudados a la ejecución urbanística, o en caso de ser anterior, el día que se dicte cualquier acto administrativo (denegación de licencias, de proyectos de urbanización, etcétera) que también ponga de manifiesto el daño de la moratoria. En el concreto caso que aquí se examina la Propuesta considera que "el razonamiento expuesto lleva inexorablemente a la conclusión de que, vencida ya la segunda etapa del plan en el año .1999, e incluso la tercera en el 2001, la reclamación que ahora se formula resulta completamente extemporánea, después de casi diez años, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de un año establecido en el art. 142.5 LRJAP-PAC".

II

1. De las actuaciones resultan los siguientes antecedentes:

El 11 de marzo de 2010 tiene entrada, en la entonces denominada Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial, escrito formulado por la representación de la entidad reclamante por responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica en relación con la incidencia del bloque normativo asociado a la "moratoria turística" sobre las parcelas del Plan Parcial antes señalado, en el Municipio de Adeje, por un importe de 42.805.641 €. Reclamación que fue subsanada, a requerimiento del Departamento el 19 de mayo, aportando la interesada la documentación complementaria que le fuera requerida, en fechas de 28 de mayo y 15 de julio de 2010.

Intervinieron en el procedimiento a título informativo tanto el Ayuntamiento de Adeje (que emite con fecha 3 de junio de 2010 informe previo sobre el estado de ejecución de los suelos afectados y con fecha 14 de octubre de 2010 otro sobre las circunstancias de ejecución del sector) como el Cabildo de Tenerife, que emitió informe con fecha 28 de mayo de 2010 en relación con la situación de los suelos en el planeamiento territorial especial turístico, personándose asimismo en el presente procedimiento.

Se abrió trámite probatorio el 10 de agosto de 2010 incorporándose a las actuaciones del expediente copia del informe emitido por la Viceconsejería de Ordenación Territorial con ocasión de la aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 19/2003, de 14 de abril. Con fecha 24 de septiembre de 2010 la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN) remite informe sobre los cambios en la realidad física producidos y los expedientes sancionadores incoados en los suelos del Plan Parcial. Se incorpora, asimismo, copia digitalizada del expediente y del documento íntegro del Plan Parcial "Barranco de Las Torres" y de su modificación posterior.

Con fecha 10 de diciembre de 2010 se emite informe por el Servicio de Régimen jurídico de la Secretaría General Técnica de este Departamento, proponiendo la desestimación de la reclamación formulada. Con dicho informe se da cumplimiento al art. 10.1 RPAPRP, siendo la Secretaría General Técnica la responsable de emitir dicho informe por ser el Centro Directivo que tiene encomendadas las funciones de producción normativa, se entiende, del Departamento.

Se inició el preceptivo trámite de audiencia (art. 11 RPAPRP) ofrecido a la interesada y al Cabildo de Tenerife, sin que se hayan recibido alegaciones por parte de la Corporación insular. La entidad reclamante, por su parte, presenta escrito con fecha 7 de enero de 2011 en el que da por reproducidos los argumentos y

documentos ya aportados hasta el momento; dichas alegaciones fueron rebatidas, en su momento, por informe técnico de 7 de diciembre de 2010 y por el informe jurídico de 10 de diciembre del mismo año.

2. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada que, se recuerda, se funda en que las consecuencias derivadas de las normas de la denominada "moratoria turística" se han convertido en "definitivas o cuasi indefinidas", como consecuencia del funcionamiento anormal (inactividad) de la Administración en la promulgación de las leyes trienales, con el efecto de impedir la disposición del suelo por parte del reclamante.

3. Las medidas comenzaron con los Decretos 4/2001 y 126/2001, junto con la Ley 6/2001 y respondían a una técnica tradicional en el Derecho urbanístico, y que no es otra que la de suspender provisional y cautelarmente el otorgamiento de licencias o la revisión y modificación del planeamiento, sin consecuencias indemnizatorias, pues los interesados tenían el deber jurídico de soportarlas. En este sentido, la Sentencia 527/2008, de 5 de diciembre, (referida a ciertos suelos del mismo municipio de Adeje), Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ha entendido que dicha aprobación del Plan Territorial Especial de Ordenación Turística (PTEOTF) en el año 2005 excluye la consideración de la suspensión como indefinida.

La Ley 19/2003, de 14 de abril, se fundamenta en la necesidad de controlar, mediante la fijación de ritmos y pautas temporales, el desmesurado crecimiento de la capacidad alojativa turística que venía experimentándose en detrimento de la capacidad de carga de las islas y de la competitividad del sector. Es decir, se trata de una verdadera decisión de política territorial, ambiental y turística, con fundamento propio y autónomo. Lo que tampoco lesiona derechos porque no produce la ablación de los aprovechamientos urbanísticos de los suelos afectados, sino que todo lo más pospone su materialización a un horizonte temporal inicial de tres años, estableciendo unas reglas de fijación de ritmos que regirían con posterioridad a ese plazo inicial.

El reclamante, sin embargo, alega que el daño se produce no por tales normas sino por la inactividad de la Administración en su cometido de formular las leyes trienales para la fijación de los ritmos del crecimiento alojativo turístico; esa inactividad habría convertido de facto las antes citadas medidas en indefinidas o definitivas. A esta cuestión la Propuesta de Resolución responde que "no cabe duda

de que el primer trienio tras la Ley de Directrices venció sin que el Gobierno de Canarias elevara Proyecto de Ley alguno al Parlamento, constatándose efectivamente la inactividad de la Administración en la fijación de ritmos de crecimiento durante el periodo 2006-2009". Papel que asumió la posterior Ley 6/2009, de 6 de mayo". Por ello, la inactividad se limita "únicamente entre 2006 y 2009, años respecto a los cuales hay que analizar si se produjeron consecuencias lesivas imputables a dicha inactividad de esta Administración autonómica".

4. La actividad de ordenación urbanística no genera derecho a indemnización, "salvo en los casos expresamente previstos en las Leyes" [art. 3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 30 de junio (TRLs)], lo que encuentra posterior concreción en el art. 35 TRLs. De conformidad con tal precepto puede existir derecho a indemnización cuando: a) la Administración quiebra la actividad de ejecución anticipadamente, alterando la ordenación urbanística antes de que transcurran los plazos para finalizarla; b) o bien cuando la alteración del régimen del suelo se produce después de finalizados esos plazos, pero la ejecución no se ha llevado a cabo por causa imputable a la Administración.

Siempre, habría que añadir, que haya lesión patrimonial de derechos patrimonializados y no de meras expectativas. Y es que la mera clasificación y ordenación del suelo como urbanizable no supone la automática patrimonialización de los aprovechamientos que la ordenación urbanística ha añadido, artificialmente, al contenido natural del derecho de propiedad del suelo, sino que para ello es necesario que se haya ultimado la actividad de ejecución, previo cumplimiento de los deberes y cargas que derivan de esa ordenación, de conformidad con lo que asimismo disponen los arts. 57 y 58.3 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto-legislativo 1/2000, 8 mayo (TRLOTEN).

En todo caso, se generarán derechos indemnizatorios cuando, además de concurrir los elementos que detalla el art. 35.a) TRLs: A) Los aprovechamientos frustrados, alterados o disminuidos se encuentren efectivamente patrimonializados; B) Con independencia de los aprovechamientos urbanísticos, cuando el promotor haya realizado gastos que hayan devenido inútiles, como por ejemplo gastos de redacción y promoción del planeamiento de desarrollo o los instrumentos de ejecución, o las inversiones efectuadas en la ejecución material del planeamiento (daño efectivo o emergente).

5. La reclamación se basa en unos aprovechamientos que no están patrimonializados pues: A) El Plan Parcial nunca llegó a entrar en vigor (pues no consta que se haya publicado la normativa íntegra del citado instrumento en el Boletín Oficial de la provincia de Santa Cruz de Tenerife), lo que acarrea la nulidad de pleno derecho de los proyectos de urbanización y de compensación, que fueron aprobados sin cobertura en el planeamiento de desarrollo; B) el Plan de Etapas de dicho Plan Parcial fue incumplido, y las obras de urbanización del sector no están completadas ni tampoco recepcionadas en su totalidad. Por lo demás, las posibles consecuencias lesivas de dicha nulidad no son imputables a esta Administración, que en ningún momento intervino ni tiene competencia en la aprobación de dichos proyectos, ni tampoco tiene responsabilidad alguna en la ausencia de publicación de la normativa del Plan Parcial, que recae sobre los Ayuntamientos por remisión del art. 44.2 TRLOTEN a la Ley de Bases de Régimen Local.

Por otra parte, la actividad de ejecución desarrollada por la reclamante nos lleva a la misma conclusión: es decir, a la ausencia de patrimonialización de los aprovechamientos, esta vez como consecuencia del incumplimiento de los deberes urbanísticos asociados al sector. En efecto, como la Propuesta de Resolución señala, la ejecución material del Plan Parcial se realizó "con incumplimiento de los sucesivos plazos del Plan de Etapas, y tampoco se culminó de forma efectiva, como se explica a continuación".

El Plan de Etapas fijaba tres etapas de dos años cada una, pero sin embargo no se especificó el *dies a quo* de dichos plazos. El Ayuntamiento de Adeje, en su informe de 14 de octubre de 2010, parece computar dichos plazos desde la entrada en vigor de la modificación de las Normas Subsidiarias (NNSS) que dio cobertura al Plan Parcial (B.O.C. del 4 de abril de 1994). Pero la Propuesta entiende que el cómputo se inicia a partir de la aprobación del proyecto de urbanización (24 de mayo de 1995), fecha que es la más favorable para la reclamante por constituir el *dies a quo* más tardío. Con este criterio, las fechas de vencimiento de las sucesivas etapas fijadas por el Plan Parcial son: la etapa: 24 de mayo de 1997; 2ª etapa: 24 de mayo de 1999; y 3ª etapa: 24 de mayo de 2001.

A fecha 26 de mayo de 1997, por lo tanto, finalizado el plazo de la 1ª etapa, ésta no se encontraba efectivamente urbanizada. Se observa en este sentido que el viario está en parte ejecutado, sin pavimentación de calzada; no existe encintado de aceras ni alumbrado público, etc.).

En los años 2000 y 2002, y por tanto en fechas muy posteriores al 24 de mayo de 1999 (día de finalización del plazo de la 2ª etapa), tampoco se había completado la ejecución de esa segunda etapa. De hecho, la Dirección facultativa de las obras, en escrito de 8 de mayo de 2009, reconoce que “en el mes de marzo de 2003 podían considerarse terminadas estas obras de urbanización” lo que significa que lo fueron cuatro años más tarde del límite temporal (1999). Es más, el Ayuntamiento de Adeje informa que a fecha 14 de octubre de 2010 “las obras no se encuentran recepcionadas (...) porque hay ciertos remates por realizar”, por lo que los ofrecimientos formales de recepción de las obras se refieren solamente al área de residencial permanente-industrial-servicios y al viario estructurante de conexión con el barrio de La Caleta.

Lo anterior significa que, de acuerdo con su planteamiento, desde el año 1999 la entidad interesada podía haber solicitado las autorizaciones previas y licencias de edificación. Si no se hizo fue por incumplimiento del plan de etapas imputable en exclusiva a la Junta de Compensación, lo que rompe la relación de causalidad del supuesto daño con las actuaciones administrativas y las normas de la moratoria “que nacieron dos años más tarde y por tanto nada tuvieron que ver en la inejecución de dichas parcelas”, por lo que no es aplicable el art. 35.a) TRLS.

Lo que debiera llevarse asimismo al Resuelvo de la Propuesta.

6. Descartada la patrimonialización de aprovechamientos urbanísticos, únicamente cabría considerar como indemnizables los daños efectivos por gastos del propietario o promotor devenidos inútiles (daño emergente). No obstante, la reclamante no ha acreditado la existencia de tales daños efectivos ni su inutilidad.

Se señala al respecto que el PTEOT fue aprobado de forma definitiva, aunque parcial, por acuerdo de la COTMAC de 6 de abril de 2005 siendo publicado en el BOC del 26 de agosto, por lo que se estaba en disposición de levantar la suspensión que había acordado la disposición transitoria primera de la Ley 19/2003, de 14 de abril (suspensión que en este caso habría durado poco más de dos años: abril de 2003 y agosto de 2005) sin que se haya intentado continuar la ejecución del Plan Parcial ni hubiera hecho la entidad interesada gestión alguna en orden a hacer efectivo sus aprovechamientos, inacción que, complementariamente, impide fundar reclamación indemnizatoria alguna.

III

1. Finalmente la Propuesta de Resolución formula algunas consideraciones complementarias:

A. La primera, es que la entidad reclamante acaba reconduciendo su reclamación al concepto de lucro cesante. Pero, por lo anteriormente razonado, tal pretensión se basa en “expectativas inciertas” que parten de “rendimientos inmobiliarios dudosos e hipotéticos”.

B. La segunda, que si la Administración autonómica en su momento -con ocasión de la aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 19/2003, de 14 de abril- no consideró reclasificados ni recategorizados los suelos correspondientes al Plan Parcial “Barranco de Las Torres” (al entender que “no existía incumplimiento de los deberes urbanísticos por el promotor”, con la indicación expresa de que tal afirmación -con la expresa precisión de “Plan Parcial aprobado y de proyecto de urbanización aprobado”) y ahora entiende lo contrario, ello no significa vulneración de la doctrina de los actos propios, que exige “un acto de naturaleza constitutiva que aquí no concurre, puesto que el Acuerdo del Gobierno de Canarias de 29 de julio de 2004, sobre aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 19/2003, de 14 de abril, es de naturaleza claramente declarativa”. Aunque el informe de la APMUN señala que el mismo constituye “la propuesta que el Gobierno convierte en acto del que se informa al Parlamento”, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Canarias 32/2008, de 5 de febrero y 527/2008, de 5 de diciembre, niegan eficacia administrativa a tal acto al calificarlo de acto político o gubernativo. Lo relevante es que en este caso la entidad interesada ha incumplido deberes concretos y específicos que impiden la patrimonialización de sus derechos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica, formulada por K.K., S.A., en relación con la incidencia del bloque normativo de la política de “moratoria turística” sobre las parcelas RT.2.A., RT.9.A y RT.9.B del Plan Parcial “Barranco de Las Torres”, del municipio de Adeje, en cuanto desestima la reclamación, es conforme a Derecho.