



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 9 9 / 2 0 1 1

(Pleno)

La Laguna, a 8 de noviembre de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la entidad A.T., S.A., por daños ocasionados como consecuencia de la incidencia del bloque normativo asociado a la "moratoria turística" en relación a las parcelas T-5, T-7, T-8, T-18, T-19, T-20, T-21 y T-22 del Plan Parcial Anfi Tauro, Sector 17 (Mogán, Gran Canaria) (EXP. 557/2011 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial es la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, instado por A.T., S.A. solicitando que se le indemnizara por la imposibilidad de materializar los aprovechamientos urbanísticos que el Plan Parcial Anfi Tauro, sector 17, del municipio de Mogán le atribuye a las parcelas T-5, T-7, T-8, T-18, T-20, T-21 y T-22 de su propiedad, lesión cuya causa imputa a la legislación autonómica dirigida a contener el desarrollo urbanístico turístico.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Consejero para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, RPRP, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

3. La sociedad mercantil no ha acreditado sobre los suelos afectados, la propiedad de las parcelas T-7 y T-8. Por ello no está legitimado para reclamar por los aprovechamientos urbanísticos que según ella le corresponden a dichas parcelas.

4. La reclamación se interpuso el 12 de mayo de 2009. En julio de 2010 la sociedad mercantil interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación. El 8 de noviembre de 2010 instó a la Administración para que resolviera expresamente el presente procedimiento.

La falta de resolución en plazo de un procedimiento no impide que la Administración lo decida, porque está obligada a resolver expresamente aun fuera de plazo, y en el caso de que el silencio fuese negativo puede resolver sin vinculación alguna al sentido del silencio (arts. 42.1 y 43.1 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LPAC).

Según el art. 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, LJCA, durante la tramitación de un recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos, la Administración puede dictar resolución expresa sobre la pretensión deducida, con las posibilidades y efectos que en dicho precepto se contemplan.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan un Dictamen sobre el fondo.

II

1. La reclamante no señala en su reclamación ningún acto de la Administración que haya impedido la materialización de los supuestos aprovechamientos urbanísticos que alega. Esa lesión se la atribuye a la eficacia de las Leyes 6/2001, de 23 de julio, de Medidas Urgentes en Materia de Ordenación del Territorio y del Turismo, 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 y 6/2009 de 6 de mayo, de Medidas Urgentes en materia de Ordenación Territorial para la dinamización sectorial y la Ordenación del Turismo. Se trata por tanto de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los efectos de leyes. No de una reclamación por daños causados por la actividad de la Administración.

La D.T. II.I, b) de la Ley 19/2003, de 14 de abril, que aprobó las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias (en adelante Ley 19/2003), suspendió durante un trienio a partir de su entrada en vigor

el *ius aedificandi* sobre suelos de uso turístico. La suspensión o aplazamiento del ejercicio del *ius aedificandi* es diferente a su privación singular. Con ésta se produce un desplazamiento de su titularidad. Con aquélla el derecho continúa en el patrimonio de su titular pero con su ejercicio suspendido temporalmente.

2. La reclamación se interpuso el 12 de mayo de 2009, día de la publicación de la Ley 6/2009. El art. 17 de esta Ley permite que los titulares de suelos urbanos de uso turístico que no hubiesen quedado desclasificados en virtud de la D.A. IV Ley 19/2003, y que, por consiguiente, en aplicación de la moratoria turística se mantengan ineditados pero con sus derechos urbanísticos consolidados, pueden optar por alguna de estas cuatro alternativas:

Primera: Por solicitar que se les indemnicen sus derechos edificatorios con la correlativa obligación de la Administración autonómica de satisfacer esa indemnización y promover la modificación puntual del instrumento de planeamiento para que esos suelos se reclasifiquen como suelo rústico de protección territorial. Pasado un plazo de cinco años esos suelos pueden ser clasificados como urbanos o urbanizables.

Como se ve, la Ley 6/2009, concede un derecho de indemnización por la suspensión del *ius aedificandi*, condicionado a que el suelo salga de la oferta para uso turístico durante un plazo mínimo de cinco años. Pasado este plazo puede volver a ser clasificado como suelo urbano. Se trata de una indemnización completa por la suspensión del *ius aedificandi*. Éste no lo pierde su titular. Pasados cinco años lo puede volver a ejercer de acuerdo con la ordenación urbanística.

El Gobierno, antes de la aprobación de la modificación puntual del planeamiento dirigida a reclasificarlo, puede acordar su expropiación forzosa para los fines y con los condicionantes que se fijan en el art. 17.1) Ley 6/2009.

Segunda: Si lo que han visto suspendido ha sido su derecho a obtener las autorizaciones previas –que no es el caso de la presente reclamación– en cualquier momento de la vigencia de la suspensión pueden sustituir el uso alojativo por otros usos lucrativos.

Tercera: En cualquier momento del plazo de vigencia de la suspensión de sus aprovechamientos urbanísticos de uso total o parcialmente turístico, pueden, mediante convenio urbanístico con los parámetros de ponderación adecuados y

autorizado por el Gobierno, sustituir esos usos por otros nuevos, en la localización adecuada, de carácter residencial, comercial, industrial o energético.

Tanto en este caso como en el anterior, si el ejercicio de esa opción precisa modificación del planeamiento, ésta podrá ser acordada por el Gobierno conforme al art. 47 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, TRLOTEN (aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo).

Vemos como con estas dos alternativas el aplazamiento de los beneficios económicos determinado por la suspensión del uso alojativo turístico y del aprovechamiento urbanístico turístico puede ser eliminado, a voluntad del titular, mediante el destino de su propiedad a otros usos. El contenido del derecho de propiedad del suelo es estatutario. La Ley y las normas que ella habilita pueden determinar su contenido y establecer los usos a los que puede destinarlo el propietario. La Ley puede suspender determinados usos y en compensación por esa suspensión ofrecer al propietario la posibilidad de destinarlo a otros usos económicos. La Ley no priva al propietario del derecho de destinarlo a determinado uso, simplemente suspende su ejercicio, pero para no congelar indefinidamente el aprovechamiento económico le ofrece la posibilidad de destinarlo a otros usos lucrativos. Esto está dentro del ámbito de disposición de la Ley porque toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución). La Comunidad Autónoma puede ordenar y planificar la actividad económica regional (art. 31.4 del Estatuto de Autonomía). La libertad de empresa se ha de ejercer de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación (art. 38 de la Constitución). La función social del derecho de propiedad es fijada por las leyes y delimita su contenido (art. 33.2 de la Constitución). El poder legislativo está obligado a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (art. 47.2 de la Constitución).

Al respecto el Tribunal Constitucional ha declarado en el Fundamento Jurídico 2 de su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo:

“(...) la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular,

sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general (...)”.

“Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido”.

“En lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular, la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas”.

En la STC 227/1988, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 11, se precisa, además, en el siguiente sentido:

“Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria”.

Por estas razones las Leyes 19/2003 y 6/2009, para racionalizar el uso del suelo y regular la oferta turística a fin de conservar aquel recurso natural y sostener la actividad turística han podido legítimamente determinar la suspensión temporal del *ius aedificandi* con destino alojativo turístico y compensar a sus titulares por esa suspensión con las posibilidades que les ofrece el art. 17 Ley 6/2009.

Para el caso que sus titulares no quieran acogerse a ninguna de esas tres alternativas porque calculan que obtendrían más beneficios si esperan al término de

la suspensión para ejercer su *ius aedificandi* de uso turístico, el art. 17 Ley 6/2009 dispone:

“De no elegir el propietario del suelo turístico con los derechos urbanísticos consolidados, indicados anteriormente, alguna de las alternativas descritas, se entenderá que opta por su mantenimiento, con el aplazamiento de las facultades edificatorias al término de la suspensión temporal dispuesta”.

No hay, por tanto, expropiación de la titularidad de ningún derecho que deba ser indemnizado por imperativo del art. 33.2 de la Constitución. Simplemente una suspensión temporal del ejercicio de la facultad edificatoria con destino alojativo turístico, lo cual puede establecer la Ley al delimitar el contenido del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, las exigencias de la planificación económica de conformidad con el interés general representado por la conservación del suelo y la sostenibilidad económica de la actividad turística en la región.

Se trata de una limitación temporal del ejercicio de un derecho que no da lugar por sí sola a una compensación indemnizatoria; y sin embargo, la Ley 6/2009 ha establecido medidas compensatorias contenidas en su art. 17. Si los titulares de esas facultades suspendidas no quieren acogerse a ellas y en vez de sustituirlas por las allí contempladas optan por mantener la facultad originaria para ejercerla cuando termine la suspensión es porque libremente han estimado que así maximizarán su interés económico.

III

1. Las normas del Plan Parcial Anfi Tauro Sector 17 no han sido publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia.

El Ayuntamiento aprobó el 27 de octubre de 1999 el proyecto de urbanización del Polígono I. A partir de esa fecha comenzó a correr el plazo de ocho años para su ejecución cuyo término lo representaba la fecha del 27 de octubre de 2007. El 21 de febrero de 2001 el Ayuntamiento aprobó el proyecto de compensación del Polígono I que fue declarado nulo por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 15 de junio de 2005. Esta sentencia adquirió firmeza el 31 de mayo de 2007.

El proyecto de urbanización del polígono II no ha sido aprobado.

Las obras de urbanización del Polígono I, no obstante haberse sobrepasado en cuatro años el plazo para su ejecución, no estaban concluidas en un 30% a la fecha de presentación de la reclamación.

El Ayuntamiento informa que en mayo de 2010 no se había procedido a la recepción formal de las obras de urbanización del Polígono I, ni se habían practicado las comprobaciones que exige el art. 229.d) del Reglamento de Ejecución y Gestión del Sistema de Planeamiento de Canarias, ni se habían inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del Ayuntamiento los viales de dicho Polígono.

2. Para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencial que exista un daño real y efectivo en un bien o derecho (art. 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC).

El derecho que la reclamante alega que se le ha lesionado es su *ius aedificandi*.

Conforme a los arts. 6.d); 7.2; 8.1.b); 9.1 y 16, todo ellos de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Suelo, TRLS (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) y conforme a los arts. 56, 57, 58, 59 y 71 TRLOTEN, el *ius aedificandi* sólo surge en el patrimonio del propietario del suelo urbanizable ordenado cuando ha cumplido con los deberes urbanísticos de terminar completamente y en plazo las obras de urbanización, ceder los viales a la Administración y entregar la urbanización a ésta. Ninguno de estos deberes se había cumplido a la fecha de presentación de la reclamación, por consiguiente la reclamante no había patrimonializado los aprovechamientos urbanísticos por lo que es imposible que la legislación de la moratoria turística haya lesionado su *ius aedificandi*.

Tradicionalmente en el Derecho urbanístico español los Planes Parciales deben ser ejecutados en el plazo que ellos mismos establecen. Si los obligados a desarrollar la actividad de ejecución incumplen este plazo, entonces la consecuencia es que los cambios en el régimen jurídico del suelo no originan derecho a indemnización, salvo que la no ejecución sea imputable a la Administración.

Esta solución es la que recoge la actual legislación básica urbanística. Las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística no dan derecho a indemnización, salvo que las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella se

alteren por cambio de esa ordenación antes de que se cumplan los plazos para su desarrollo o si éstos han vencido pero los obligados a la ejecución no lo han podido realizar por causas imputables a la Administración [arts. 3.1 y 35.a) del Texto Refundido de la ley del Suelo, TRLS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio]. El art. 4.2 TRLOTEN reitera la no indemnizabilidad por las determinaciones de la ordenación urbanística.

El régimen de la propiedad del suelo es estatutario. A medida que se van cumpliendo los deberes legales se van adquiriendo las correspondientes facultades urbanísticas. La mera clasificación y ordenación del suelo como urbanizable no supone la automática patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos que la ordenación urbanística ha añadido artificialmente al contenido natural de la 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. El art. 7.2, de carácter básico, TRLS, dispone: *"La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística"*. En el mismo sentido los arts. 57 y 58.3 TRLOTEN establecen que las facultades urbanísticas se ejercerán siempre dentro de los límites de la legislación urbanística y del planeamiento y previo cumplimiento de los deberes legales.

3. En el expediente objeto de este Dictamen, el Plan Parcial Anfi Tauro, como consecuencia de la falta de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de la normativa de las NNSS de Mogán, devino nulo de pleno derecho. Ello determina, además, la subsiguiente nulidad de los actos de gestión y ejecución que de él derivaron: proyecto de urbanización y proyecto de compensación (arts. 88.4 TRLOTEN y 5.1 del Reglamento de Gestión y Ejecución del Sistema de Planeamiento de Canarias, aprobado por Decreto 183/2004, de 21 de diciembre).

Además, se deduce del expediente que la reclamante no cumplió de forma efectiva los deberes urbanísticos en relación con las parcelas a las que se refiere la reclamación, pues no se ha acreditado la terminación de las obras de urbanización, incumpléndose el plan de etapas del Plan Parcial. Tampoco se ha procedido a efectuar las cesiones legales obligatorias.

En consecuencia, cuando entró en vigor la Ley 19/2003 no existía ningún derecho o facultad urbanística integrada en el patrimonio de la reclamante que dicha Ley limitara o suprimiera; por tanto, no le ha causado ningún perjuicio que deba ser resarcido.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la entidad A.T., S.A., es conforme a Derecho en todos sus extremos.