



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 452/2013

(Pleno)

La Laguna, a 16 de diciembre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.J.C.H., en nombre y representación de E.T.P., S.L., por daños ocasionados como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del apartado 4º, de la Disposición Transitoria Única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (EXP. 455/2013 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 8 de noviembre de 2013, con Registro de Entrada en este Consejo el 11 de noviembre de 2013, el Presidente del Gobierno de Canarias, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), solicita dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación por los daños y perjuicios causados, a la entidad mercantil E.T.P., S.L., como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Única, apartado 4, de la Ley 5/1995, de 15 de marzo, que modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOTC), por la Sentencia 28/2012, de 1 de marzo, del Tribunal Constitucional.

2. El procedimiento se inicia por escrito de reclamación de indemnización por daños presentada por M.J.C.H., en representación de la entidad mercantil E.T.P., S.L., el 27 de marzo 2013, siendo interesada en el procedimiento al reclamar por un daño irrogado en su esfera patrimonial.

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

3. En cuanto a la competencia para resolver el expediente corresponde al Consejo de Gobierno de Canarias. Así, como bien se señala en la PR, ha de tenerse en cuenta que no contempla expresamente el supuesto de responsabilidad del Estado Legislador el art. 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) por lo que debemos acudir a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que la residencia en el Consejo de Ministros, correspondiendo su tramitación al Ministerio de la Presidencia. En este sentido las SSTs de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987; 12 de febrero, 17 de marzo, 25 de abril y 20 de octubre de 1988; 20 de febrero, 9 de marzo, 30 de noviembre y 17 de diciembre de 1992; 10 de marzo y 21 de julio de 1993 y 20 de febrero y 16 de diciembre de 1994, entre otras, todas ellas citadas en el Dictamen del Consejo de Estado 60/1996.

La STS de 28 de febrero de 1992, señala: *“(...) estando en este caso el acto referido a una presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción por tanto en ningún Departamento Ministerial sería competente para pronunciarse en vía administrativa el Consejo de Ministros, como órgano Superior de la Administración y Gobierno, al que el art. 97 de la Constitución atribuye función ejecutiva, que al no venir atribuida a un Órgano determinado de la Administración, corresponde al titular de la gestión administrativa del Estado en su conjunto y totalidad, y frente a la resolución que éste dictara, cabría, en su caso, interponer recurso contencioso-administrativo ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo”.*

Asimismo, en la STS de 27 de mayo de 2011, referida a un supuesto de responsabilidad por la declaración de inconstitucionalidad de una Ley autonómica, en el recurso contencioso-administrativo del que conoció la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Islas Baleares -luego impugnada en casación ante el TS- el acto impugnado fue el acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares desestimatorio de la revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial.

Del mismo modo cita la Propuesta de Resolución, si bien referido a un supuesto de responsabilidad derivado de acto legislativo autonómico, no declarado inconstitucional, concretamente la Ley del Parlamento de Canarias 5/1986, sobre Impuesto Especial sobre Combustibles derivados del Petróleo, al TS que conforma la sentencia estimatoria dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en sentencia de 9 de octubre (RJ/1991/8310 y 20 de octubre de 1998 (RI/1998/9455), que vino a señalar lo siguiente:

“(...) Efectivamente, es al Legislador, que toma la iniciativa normativa en el más alto rango, al que corresponde adoptar también las previsiones para evitar el resultado dañoso en la aplicación de aquélla, adquiriendo, en el supuesto contrario, la obligación de indemnizarlo, como en el presente caso, para el mantenimiento de los principios constitucionales de igualdad y justicia fiscal”.

4. El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la entidad interesada (art. 139.2 LRJAP-PAC), y se cumple el requisito del plazo de un año para reclamar (art. 142.5 LRJAP-PAC), pues el daño se conoce desde que es publicada la STC 28/2012 en el BOE. Así, habiendo sido publicada en el BOE nº 75, el 28 de marzo de 2012, y presentándose la reclamación por la interesada el 27 de marzo de 2013, ésta se interpuso dentro del plazo de un año legalmente determinado.

II

En cuanto al objeto de la reclamación, la parte interesada, en su escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, expone los siguientes hechos:

1. El 24 de marzo de 1999, entró en vigor la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, que establecía en su Disposición Transitoria Única, apartado 4, que *“La transmisión de cualquiera de las unidades alojativas no destinadas a la actividad turística, a los efectos del cumplimiento del principio de unidad de explotación, llevará implícita un derecho de adquisición preferente en favor de los titulares de las unidades en explotación cuya forma de ejercicio se ajustará a lo previsto para el retracto legal de los copropietarios”.*

2. Tras la entrada en vigor de la citada Disposición Transitoria Única, apartado 4º, la entidad mercantil reclamante formuló, con fecha 3 de marzo de 2000, demanda de retracto de comuneros, en ejercicio de su derecho de adquisición preferente. A resultas de la citada demanda se inició el Juicio de Retracto nº 50/2000, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de San Bartolomé de Tirajana, en cuyo seno se planteó ante el Tribunal Constitucional, cuestión de inconstitucionalidad del citado apartado 4 de la Disposición Transitoria Única, resultando haberse declarado nula e inconstitucional dicha norma por Sentencia del citado Tribunal nº 28/2012, de 1 de marzo.

Con fecha 23 de mayo de 2012, recayó Sentencia en el referido Juicio de Retracto, desestimando íntegramente la demanda formulada, al haber sido declarado inconstitucional el apartado 4 de la citada Disposición Transitoria Única, condenando a la entidad recurrente al pago de las costas procesales.

3. El mismo 3 de marzo de 2000, la citada entidad mercantil formuló demanda de retracto de comuneros, a resultas de la cual se inició el Juicio de Retracto nº 61/2000, en el seno del cual se planteó ante el Tribunal Constitucional, nuevamente, cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo apartado cuatro de la citada Disposición Transitoria Única.

El 23 de abril de 2012, recayó sentencia en el referido juicio de retracto, en el que, igualmente, en base a la citada Sentencia 28/2012, de 1 de marzo, del Tribunal Constitucional, se desestimó íntegramente la demanda formulada, por haber sido declarado inconstitucional y por tanto nulo el citado apartado 4º.

4. El 11 de mayo de 2000, la entidad mercantil E.T.P, S.L., interpone nuevamente demanda de retracto de comuneros, en base al ejercicio de su derecho de adquisición preferente establecido en la citada Disposición Transitoria Única, apartado 4º. A resultas de la citada demanda se inició Juicio de Retracto nº 111/2000, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana.

Con fecha 29 de junio de 2012, recayó Sentencia en el referido Juicio de Retracto, desestimando íntegramente la demanda formulada, por haber sido declarado inconstitucional y por tanto nulo, el citado apartado 4º.

5. Con fecha 28 de julio de 2000, la citada entidad mercantil interpuso demanda de retracto de comuneros, en ejercicio de su derecho de adquisición preferente, lo que dio lugar a que se incoara el Juicio de Retracto nº 202/2000, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de San Bartolomé de Tirajana.

El 30 de marzo de 2012, recayó Sentencia en el referido Juicio de Retracto, desestimando íntegramente la demanda formulada, por haber sido declarado inconstitucional y por tanto nulo el citado apartado 4º.

Por todo ello, la entidad interesada interpone reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños cuantificados en CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (189.896,85 €), añadiendo que a ello deben adicionarse los intereses legales de las cantidades aún pendientes de devolución en el juicio de retracto nº 50/2000, para su

actualización una vez se resuelva el recurso de apelación pendiente y, en su caso, las costas procesales que la entidad se viera obligada a pagar en caso de no prosperar dicho recurso, más los intereses legales de todas las sumas indicadas desde la fecha de presentación de la reclamación.

Se desglosa aquella cantidad en las siguientes cantidades y conceptos:

- CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (57.372,88 €), en concepto de gastos por las operaciones de créditos hipotecarios realizadas.

- DOCE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON VEINTIÚN CÉNTIMOS (12.231,21 €), en concepto de los gastos ocasionados por la operación de aval concertada.

- CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (4.624,70 €), en concepto de gastos de procurador.

- TREINTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS CON TREINTA Y SIETE CÉNTIMOS (30.284,37 €), en concepto de honorarios de letrado.

- OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (85.383,69 €), en concepto del total de intereses por los créditos hipotecarios obtenidos.

Se acompañan con la reclamación los documentos que acreditan las cantidades reclamadas. Así:

1) Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de marzo de 2012, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6548/2001, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana.

2) Demandas de retracto presentadas en los Juzgados de Primera instancia correspondientes.

3) Sentencias de los citados Juzgados de Primera instancia desestimando las demandas de retracto planteadas, en base al fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional y por tanto nulo el apartado 4 de la Disposición Transitoria Única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, que modificó la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, en el que la parte demandante fundó sus demandas de retracto (Procedimientos de retracto nº 50/2000, nº 61/2000, nº 11/2000, nº 202/2000).

4) Acta de Comparecencia y Providencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de San Bartolomé de Tirajana, recaídas en el procedimiento de retracto nº 50/2000, relativas a cantidades depositadas, avales y devoluciones de las mismas.

5) Providencias del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Bartolomé de Tirajana, recaídas en el procedimiento de retracto nº 61/2000, relativas a cantidades depositadas, avales y devoluciones de las mismas.

6) Providencia y Diligencias de Ordenación del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, recaídas en el procedimiento de retracto nº 111/2000, relativas a cantidades depositadas, avales y devoluciones de las mismas

7) Propuesta de Providencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Bartolomé de Tirajana, recaídas en el procedimiento de retracto nº 202/2000.

8) Resguardos de ingresos de aval y fianzas.

9) Mandamiento de pago de cantidad a favor de la parte demandante.

10) Escrituras de constitución de crédito hipotecario de la entidad mercantil E.T.P., S.A., a favor del B.P.E., S.A.

11) Movimientos de la cuenta de la que es titular la citada entidad mercantil en el citado Banco, durante el periodo comprendido entre 22/2/2000 al 01/01/2001.

12) Certificado de B.P.E., S.A., en el sentido de que E.T.P., S.L., con CIF (...), ha pagado en concepto de intereses por la póliza de crédito con garantía personal nº (...), las cantidades que allí se relacionan.

13) Informe de B.P.E., SA., en el que se especifica el coste de mantenimiento del aval a favor del Juzgado de Primera Instancia.

14) Minutas de Abogado y Procurador, por los servicios prestados a la entidad reclamante.

III

En la tramitación del procedimiento no se han producido defectos que impidan la emisión del Dictamen. En concreto, constan las siguientes actuaciones:

- El 15 de abril de 2013 se insta a la interesada que subsane su solicitud con especificación de la proposición de prueba, indicando los medios de los que pretenda valerse y, en su caso, se acompañe de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, así como la acreditación de la representación que se ejercita. De ello recibe notificación la reclamante el 19 de abril de 2013,

presentando escrito el 29 de abril de 2013, en el que pone de manifiesto que únicamente pretende valerse de los medios de prueba documentales que ya se acompañaron a la reclamación. Asimismo, aporta acuerdos sociales de fecha 19 de diciembre de 2010, que acreditan la representación que se ejercita.

- El 8 de mayo de 2013 se emite propuesta de inicio de procedimiento de responsabilidad patrimonial por la Jefa de Servicio de Régimen Jurídico de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno.

- Mediante Resolución nº 23, de 10 de mayo de 2013, de la Viceconsejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, se admite a trámite la reclamación presentada y se ordena iniciar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial. Ello se notifica a la interesada el 3 de junio de 2013.

- Por Resolución nº 322 de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno, de 31 de mayo de 2013, se admiten a trámite las pruebas presentadas por la reclamante en su escrito de iniciación.

A efectos de iniciación del trámite probatorio, se solicita a la parte interesada que en el plazo máximo de 30 días aporte copia completa de las demandas de retracto nº 50/2000, nº 61/2000, nº 111/2000 y nº 202/2000, presentadas por la mercantil recurrente, escrito que se reitera el 1 de julio de 2013.

La documentación solicitada es presentada el 10 de julio de 2013.

- Mediante oficio de 27 de mayo de 2013 se solicita al Patronato de Turismo de Gran Canaria informe sobre la situación administrativa de la mercantil reclamante, escrito que se reiteró con fecha 1 de julio de 2013, viniendo a remitirse el 23 de julio de 2013.

- El 24 de julio de 2013, habiéndose instruido el procedimiento, se confiere a la interesada trámite de audiencia, lo que se le notifica el 30 de julio de 2013, poniendo a su disposición el expediente de Responsabilidad Patrimonial tramitado hasta la fecha.

No consta la presentación de alegaciones en el plazo concedido al efecto.

- El 18 de septiembre de 2013 se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General de Presidencia del Gobierno, estimando parcialmente la reclamación de la interesada; se eleva a definitiva el 28 de octubre de 2013, tras haberse informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 21 de octubre de 2013.

IV

1. La Propuesta de Resolución viene a estimar parcialmente la reclamación de la interesada, pues afirma que sólo procede estimar la reclamación en relación con los daños derivados del juicio de retracto nº 50/2000 y del juicio de retracto nº 61/2000, pues sólo éstos se interpusieron dentro del plazo conferido por la disposición luego declarada inconstitucional. De los gastos derivados de tales juicios estima que debe indemnizarse la cantidad de CATORCE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON VEINTIDOS CÉNTIMOS (14.343,22 €), por los gastos del crédito hipotecario correspondiente a las cantidades depositadas en el juicio de retracto nº 50/2000; en la cantidad de TRES MIL CINCUENTA Y SIETE EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (3.057,80 €), por los gastos de aval, correspondientes al juicio de retracto nº 50/2000; MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE EUROS CON OCHENTA CENTIMOS (1.199,80 €), en concepto de gastos de procurador en el juicio nº 50/2000; SEIS MIL SETECIENTOS VEINTINUEVE, CON SETENTA Y SIETE EUROS, en concepto de gastos de abogado en juicio de retracto nº 50/2000; en la cantidad de CATORCE MIL, TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON VEINTIDOS CÉNTIMOS (14.343,22 €), por los gastos del crédito hipotecario correspondiente a las cantidades depositadas en el juicio de retracto nº 61/2000; en la cantidad de TRES MIL CINCUENTA Y SIETE EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (3.057,80 €), por los gastos de aval, correspondientes al juicio de retracto nº 61/2000; en la cantidad de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y OCHO CÉNTIMOS (1.372,48 €), como gasto de de procurador, por la demanda de retracto nº 61/2000; SEIS MIL SETECIENTOS VEINTINUEVE EUROS (6.729,86 €), por los gastos de abogado en la demanda de retracto nº 61/2000; la cantidad de VEINTEMIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (20.272,59 €) por el interés legal del dinero por las cantidades depositadas en la demanda de retracto nº 61/2000, todo lo cual suma un total de SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (64.376,77 €). Importe que, en aplicación del artículo 141.3 LRJAP-PAC, se actualizará con arreglo al Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística aplicable en el año y mes en que se ponga fin al procedimiento.

2. Nos hallamos ante un supuesto de eventual responsabilidad de la Administración por un acto legislativo declarado inconstitucional. Si bien, como se adelantó, en materia de competencia para resolver, no se contempla este supuesto de responsabilidad en la norma, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la reconoce anteriormente mencionadas en los casos donde la Ley vulnere la Constitución; evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de

sometimiento a la ley, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. En este sentido, se pronuncia también el Dictamen del Consejo de Estado nº 60, de 30 de abril de 1996, al señalar: *“(...) La falta de regulación con carácter general de la responsabilidad del Estado legislador en los casos de leyes declaradas inconstitucionales, no puede llevar a la exclusión de responsabilidad ante cualquier efecto lesivo consiguiente a la aplicación de un acto legislativo declarado inconstitucional. La patente antijuridicidad originaria, asociada a tal declaración de inconstitucionalidad no permite zanjar la cuestión con la mera constancia de que, a falta de una previsión legislativa sobre el reconocimiento del derecho a una indemnización, no procede sino denegar la reclamación deducida. Como ha señalado el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, a partir de los principios constitucionales sobre responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3), en su inmediata relación con valores asumidos por la propia Constitución, como son el de justicia y el de igualdad (art. 1.1), no cabe negar en términos absolutos la posible responsabilidad del Estado legislador”.*

Así pues se analiza si, en el asunto planteado procede la declaración de responsabilidad de la Administración en los términos de la solicitud de la interesada.

3. La mercantil E.T.P., S.L., insta reclamación por daños sufridos como consecuencia del ejercicio del derecho de retracto reconocido en el apartado 4º de la Disposición Transitoria Única LOTC, que fue declarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional nº 28, de 1 de marzo de 2012.

El precepto establecía: *“La transmisión de cualquiera de las unidades alojativas no destinadas a la actividad turística, a los efectos del cumplimiento del principio de unidad de explotación, llevará implícito un derecho de adquisición preferente en favor de los titulares de las unidades de explotación cuya forma de ejercicio se ajustará a lo previsto para el retracto legal de los copropietarios”.*

En virtud de esta norma, la entidad reclamante, como titular de 27 unidades alojativas, en régimen de explotación turística, en el Complejo de Bungalows Panamá, sito en la localidad de Puerto Rico, en el término municipal de Mogán, formuló demanda de retracto de comuneros el 3 de marzo de 2000, que dio lugar al juicio de retracto 50/2000; en igual fecha nueva demanda dio lugar a la incoación del juicio de retracto 61/2000; el 11 de mayo de 2000 se formuló demanda que dio lugar a incoación de juicio de retracto 111/2000, y el 28 de julio de 2000 se formuló demanda que supondría la incoación de juicio de retracto 202/2000.

El precepto transcrito venía a instrumentar el medio para dar cumplimiento al principio de unidad de explotación turística que, según la Exposición de Motivos LOTC *“(.. .) una de las mayores aspiraciones de la ordenación turística de Canarias llevada a cabo por la Ley 7/1995, de 6 de abril, es la consecución del principio de unidad en la explotación de los establecimientos, edificaciones y complejos alojativos turísticos. Este principio exige el sometimiento a una única titularidad empresarial de la explotación, gestión, administración y dirección de la totalidad de unidades alojativas de dichos establecimientos, como garantía de responsabilidad y calidad en la prestación de los servicios que ofrezcan a los usuarios turísticos”*.

A tal efecto se señala, de conformidad con el apartado 2 del art. 38, de la citada Ley, *“se entiende por unidad de explotación el sometimiento a una única empresa de la actividad de explotación turística alojativa en cada uno de los establecimientos, conjunto unitario de construcciones, edificios o parte homogénea de los mismos, cuyas unidades alojativas habrán de estar destinadas en su totalidad a la actividad turística a la que quedan vinculadas, (...)”*.

La Ley 5/1999, de 15 de marzo, que dio redacción al citado art. 38, en su Disposición Transitoria Única, apartado 1º, letra a), y sólo respecto de los establecimientos que venían siendo explotados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, en los que se podían encontrar situaciones como la coexistencia de más de un explotador turístico, o que no todas las unidades alojativas se destinaran a este fin, sino que se combinara con el uso privado de sus propietarios, estableció, con carácter transitorio, ciertas especialidades respecto de la aplicación del principio de unidad de explotación turística, señalando que *“Los establecimientos alojativos que a la entrada en vigor de esta Ley estuvieran autorizados para el ejercicio de la actividad turística, y aquellos que, habiendo solicitado autorización, no hayan obtenido resolución expresa en el plazo fijado normativamente para ello, estarán sujetos al principio de unidad de explotación, con las siguientes especialidades:*

Deberán estar destinadas a la explotación turística más del 50 por 100 de las unidades alojativas del inmueble de que se trate”.

Y en el apartado 2, que *“los establecimientos referidos en el apartado anterior, dispondrán del plazo de un año para cumplimentar el principio de unidad de explotación en los términos expresados”*.

De todo ello se desprende que la LOTC modificada por la citada Ley 5/1999, de 15 de marzo, exige que en los establecimientos turísticos alojativos, que a la entrada en vigor de la referida Ley 5/1999, de 15 de marzo, estén autorizados o aquellos que,

habiendo solicitado autorización, no hayan obtenido resolución expresa en el plazo fijado normativamente para ello, se destinen a la explotación turística al menos el 50 por 100 del total de las unidades alojativas del inmueble, y que éstas deberán quedar vinculadas en su totalidad a la explotación y gestión de una única empresa explotadora, para de esta forma dar cumplimiento al principio de unidad de explotación.

Para instrumentar este fin, precisamente, el citado apartado 4º de la Disposición Transitoria Única, estableció un derecho de adquisición preferente a favor de los explotadores turísticos de los establecimientos alojativos.

Ante estos presupuestos normativos, y tras recabarse durante el procedimiento información en relación con la situación administrativa del establecimiento en cuestión, concluye la Propuesta de Resolución: *“Los Apartamentos P., constituyen un establecimiento turístico que cuenta con un total de 21 unidades alojativas, autorizado con apertura turística desde el año 1982, de las que sólo 7 se destinan a la explotación turística, por lo que estaría dentro de los supuestos que se regulan en la citada Disposición transitoria Única, apartado 1, letra a), quedando obligado a destinar al menos el 50 por 100 de esas 21 unidades alojativas a la explotación turística, unidades alojativas que deberán quedar bajo la administración y explotación de una única entidad mercantil, contando para dar cumplimiento a esta obligación con el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de la referida Ley 5/1999, de 15 de marzo (el 24 de marzo de 1999), plazo que finalizaba el 24 de marzo del año 2000, según el apartado 2 de la misma Disposición Transitoria.*

Del citado Informe se concluye también que a la entrada en vigor de la referida Ley, es decir, el 24 de marzo de 1999; la única empresa explotadora en dicho establecimiento era la hoy recurrente. E.T.P., S.L., y que lo era de un total de 7 unidades alojativas, concretamente las nº 1, 2, 4, 12, 14, 15 y 20, por lo que, debemos afirmar, respondiendo así a las dos cuestiones que nos planteábamos al inicio de este Fundamento Jurídico, que la citada entidad mercantil estaba no sólo legitimada para el ejercicio del referido derecho de adquisición preferente como titular de la explotación turística de 7 unidades alojativas en el referido establecimiento, sino que además estaba obligada a adquirir las unidades alojativas necesarias para completar el 50 por 100 de unidades destinadas a la explotación turística impuesta por la citada Ley. Por tanto hizo un uso legítimo del derecho de retracto establecido en el citado apartado 4º, pues de lo contrario incumpliría el

principio de unidad de explotación turística quedando en una situación de ilegalidad. Cosa distinta, y que analizaremos más adelante, es si ese derecho se ejercitó en tiempo y forma”.

Por todo ello, debe concluirse, pues, que la entidad interesada ejercitó legítimamente el derecho de adquisición preferente que el citado apartado 4º le reconocía.

Y, además, debe concluirse que hay relación de causalidad entre el daño producido y el acto legislativo antijurídico, pues el ejercicio del derecho atribuido por la norma actuado por E.T.P., S.L. era el único medio para poder cumplir con el principio exigido por la Ley, pues debía ser la titular del total de las unidades alojativas destinadas a uso turístico, es decir, de al menos el 50 por 100 de las 21 unidades con las que cuenta el establecimiento en cuestión. Tal ejercicio resultó infructuoso, generando perjuicios patrimoniales, por haber sido declarada inconstitucional la norma en cuya virtud se ejercitó el derecho por la entidad interesada.

4. Ahora bien, asimismo se debe plantear si el ejercicio del derecho atribuido en la norma, luego declarada inconstitucional, se realizó en el excepcional y transitorio plazo establecido en la misma.

Así, si bien procede la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por daño generado a la mercantil, como consecuencia de un derecho legítimo atribuido por una norma “antijurídica”, por ser declarada inconstitucional y, además, por un daño que no debe soportar la reclamante, sin embargo, procede hacer la siguiente consideración.

El ejercicio del derecho actuado se produjo en las fechas de: 3 de marzo de 2000, dando lugar a los juicios de retracto 50/2000 y 61/2000; el 11 de mayo de 2000, dando lugar a incoación de juicio de retracto 111/2000, y el 28 de julio de 2000, incoándose el juicio de retracto 202/2000.

Establece la Ley 5/1999, en su Disposición Transitoria Única apartado 1, letra a), que los establecimientos alojativos que a la entrada en vigor de esta Ley estuvieran autorizados para el ejercicio de la actividad turística y aquellos, que habiendo solicitado autorización no hayan obtenido resolución expresa en el plazo fijado normativamente para ello deberán estar destinadas a la explotación turística más del 50% de las unidades alojativas del inmueble de que se trate. Y en el apartado 2, (...) dispondrán del plazo de un año para cumplimentar el principio de unidad de

explotación en los términos expresados, plazo que comienza el 24 de marzo de 1999, fecha de publicación en el BOC de la citada Ley, finalizando el 24 de marzo del año 2000.

Así pues, en este plazo debía ejercerse por la mercantil interesada el derecho de retracto reconocido en la norma. Pero sólo se ejerció en este plazo en relación con los juicios 50/2000 y 61/2000, cuyas demandas se presentaron en el Registro de entrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Bartolomé de Tirajana, el 3 de marzo de 2000.

Consta, asimismo, que los Juicios de Retracto nº 111/2000 y 202/2000, se incoaron tras presentar demandas el 11 de mayo de 2000 y el 28 de julio de 2000, respectivamente, por lo que fueron presentadas extemporáneamente, luego no cabe estimar la pretensión resarcitoria respecto de los gastos generados por ellas.

5. Finalmente, en relación con las dos primeras demandas, que dieron lugar a los juicios nº 50/2000 y 561/2000, en cuyo seno se plantearon las cuestiones de inconstitucionalidad que darían lugar a la STC 28/2012, de 1 de marzo, por la que fueron desestimadas las demandas planteadas por la mercantil, al haber sido declarado inconstitucional y nulo el apartado 4º de la Disposición Transitoria Única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, procede determinar los conceptos indemnizables.

En este sentido, resulta también conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, en cuanto a los conceptos indemnizables, en concreto, los gastos que la mercantil reclama por honorarios de abogado y procurador, que acoge la doctrina de este Consejo. A tal efecto, se cita nuestro Dictamen nº 167/2009, de 14 de abril de 2009, que señala:

“Por último, en lo relativo a la cantidad reclamada por los gastos efectuados para abonar los honorarios de los abogados y procuradores que los representaron o asistieron durante los procesos ya mencionados, hay que tener en cuenta que en esta materia, como ha afirmado este Consejo Consultivo en diversos Dictámenes (192/2004 y 22/2005, entre otros) sobre la materia, existen diversas líneas jurisprudenciales sobre ella, cuya valoración acaba dependiendo de diversas circunstancias concurrentes en los procedimientos administrativos y en los ulteriores procesos judiciales, por lo que no existen soluciones generales.

Sin embargo, cabe deducir de ellos una serie de criterios generales, que permitan determinar la inclusión o no de los mismos en las indemnizaciones

otorgadas a causa de la responsabilidad patrimonial en la que puedan incurrir las Administraciones Públicas, siendo estos los expresados en los distintos Dictámenes de este Organismo, exigiéndose, para incluirlos en la indemnización, que la Administración hubiera impulsado al particular, de manera innecesaria e injustificada, a iniciar un proceso que podía haberse evitado simplemente con la correcta tramitación del expediente.

Además, se requiere que el interesado no tuviera otra forma de defender su derecho distinto al proceso judicial, lo que también es evidente, pues todos ellos agotaron la vía administrativa, sin que se les reconociera su derecho y por último que el pago de dichos gastos por asistencia profesional durante el proceso judicial fuera necesaria e inevitable.

En este supuesto y en lo relativo al último de los criterios expuestos en el párrafo anterior, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa en su art. 23, exige la representación por medio de procurador y asistencia letrada para los procesos celebrados ante órganos judiciales colegiados, sin embargo, para los celebrados ante órganos unipersonales permite que los abogados de las partes no sólo los asistan jurídicamente, sino que también los puedan representar, no siendo necesaria la intervención de procurador.

Por lo tanto, en este caso por concurrir los criterios generales referidos se debe incluir dentro de la indemnización los gastos por honorarios de los abogados y procuradores, salvo los correspondientes a éstos últimos generados en los procesos que se celebraron ante órganos judiciales unipersonales, por ser innecesarios sus servicios”.

Aplicando esta doctrina al presente caso, procede concluir que los gastos de procurador y abogado, acreditados por la mercantil reclamante mediante las correspondientes facturas, deben formar parte de la indemnización correspondiente, pero sólo los gastos de abogado y procurador para la interposición de las demandas de retracto nº 50/2000, y la nº 61/2000, pero no para los gastos que generó la interposición del recurso de apelación contra la Sentencia de 23 de mayo de 2012, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, nº 1, de San Bartolomé de Tirajana, recaída en el retracto nº 50/2000, en cuyo fallo, no solo desestimó la citada demanda de retracto interpuesta por la mercantil reclamante, sino que además impone a ésta el pago de las costas del procedimiento.

Por todo lo expuesto, la Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, procediendo la estimación parcial de la pretensión de la interesada,

correspondiendo a la Administración indemnizar por los gastos generados por la interposición de las demandas de los juicios de retracto 50/2000 y 61/2000. Así pues, tal y como se ha calculado en la Propuesta de Resolución, procede indemnizar con la suma de 64.376,77 euros.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de estimación parcial de la Propuesta que culmina el procedimiento de responsabilidad patrimonial que se dictamina, se estima conforme a Derecho debiendo indemnizar a la reclamante en la cuantía señalada de 64.376,77 euros, con la actualización determinada en el art. 141.3 LRJAP-PAC.