



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 300/2015

(Pleno)

La Laguna, a 2 de septiembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en funciones en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por M.J.C.H., en representación de E.T.P., S.L., por perjuicios 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. 281/2015 ID)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Por escrito de 26 de junio de 2015, con Registro de Entrada en este Consejo el 29, el Presidente del Gobierno de Canarias, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e) y 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 responsabilidad patrimonial, 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 5/1999, de 15 de marzo, que modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOTC). (Sentencia 28/2012, de 1 de marzo, del Tribunal Constitucional).

Ha de señalarse, con carácter previo, que este asunto trae causa de un expediente, anteriormente examinado por este Consejo y que fue objeto del Dictamen 452/2013, emitido el 16 de diciembre de 2013.

---

\* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Por ello, se considera conveniente reiterar los antecedentes citados en ese Dictamen.

2. Aquel procedimiento se inició por escrito de reclamación de indemnización por daños, presentado por M.J.C.H., en representación de la entidad mercantil E.T.P., S.L., el 27 de marzo de 2013. Ostenta la condición de interesada en el procedimiento al reclamar por un daño causado en su esfera patrimonial. El nuevo procedimiento se inicia tras presentarse nuevo escrito por la mercantil afectada, el 16 de diciembre de 2014.

3. En cuanto a la competencia para resolver el expediente corresponde al Consejo de Gobierno de Canarias. Al respecto se señaló en el citado Dictamen 452/2013 que, "(...) como bien se señala en la Propuesta de Resolución, 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 Dictamen del Consejo de Estado 60/1996".

Igualmente, una cita en la Propuesta de Resolución, si bien referida 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. El TS confirma 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 sentencias de 9 de octubre y 20 de octubre de 1998, señalando 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".

A mayor abundamiento la STS de 20 de abril de 2007 (RJ/2007/3685), con mención de resoluciones anteriores (2 de abril de 2002; 28 de febrero de 2003),

concluye en su Fundamento Jurídico TERCERO c): "(...) como declaró esta Sala, en Sentencia de ocho de enero de mil novecientos noventa y ocho (RJ 1998,773) sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador (...)".

En el mismo sentido la Sentencia de 1 de abril de 2009 de la Audiencia Nacional.

Finalmente, el Consejo de Estado, en su Dictamen 900/2011, de 30 de junio, FUNDAMENTO QUINTO. III, determina:

"El órgano competente para resolver esta reclamación -sobre el que nada dice la Ley 30/1992, de 26 de noviembre- es el Consejo de Ministros, ya que -según reiterada jurisprudencia- la presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción por tanto en ningún departamento ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye función ejecutiva conforme al art. 97 de la Constitución que, al no venir radicada en este caso en una rama determinada de la Administración, corresponde al titular de dicha gestión administrativa, es decir, al Estado en su conjunto y su totalidad (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2010, RJ 2010/8412, y 16 de diciembre de 2004, RJ 2005/590)".

## II

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.

La reclamación de indemnización se basa en un daño derivado de aquella sentencia. La entidad mercantil, el 3 de marzo de 2000, tras la entrada en vigor de la citada Disposición Transitoria Única, apartado 4, formuló demanda de retracto de comuneros, en ejercicio de su derecho de adquisición preferente. A resultas de ello se inició el Juicio de Retracto núm. 50/2000, en el que se planteó ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad del apartado 4 de la citada Disposición Transitoria Única, resultando haberse declarado nulo e inconstitucional

dicho precepto por STC 28/2012, de 1 de marzo; el 23 de mayo de 2012 recayó Sentencia en el Juicio de Retracto citado, desestimando íntegramente la demanda formulada, condenando a la entidad recurrente al pago de las costas procesales.

### III

Respecto a la tramitación del procedimiento inicial, constan en el expediente las actuaciones correspondientes, en el Dictamen 452/2013 de este Consejo Consultivo.

1. El 16 de diciembre de 2013 se emite Dictamen 452/2013 por este Consejo en el que se concluye, en el sentido de la propia Propuesta de Resolución, que se estima 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 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 art. 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.

- Por Decreto 38/2014, de 15 de mayo, se estima en parte la reclamación por responsabilidad patrimonial promovida por M.J.C.H., en representación de E.T.P. S.L., procediéndose a indemnizarla del modo señalado anteriormente.

- El 16 de diciembre de 2014, se presenta por la citada mercantil nueva solicitud de indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y por tanto la nulidad de la Disposición Transitoria Única, apartado 4, de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, que modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, y cuya cuantía asciende al importe total de CUARENTA MIL CIENTO QUINCE-EUROS (40.115 €) en relación con el Juicio de retracto 50/2000, por los intereses generados de la cantidad de dinero depositada en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de San Bartolomé de Tirajana, así como los intereses generados por la garantía igualmente depositada, para poder plantear la referida demanda de retracto, y que se cuantifica en las siguientes cantidades:

- Suma depositada (precio del inmueble): 60.101,21 € Fecha de depósito: 03/03/2000 Intereses: 38.217,79 €.

- Suma depositada en concepto de garantía: 3.005,79 €. Fecha de depósito: 11/04/2000 Intereses: 1.827,21 €.

Lo que sumaría la cantidad de CUARENTA MIL CIENTO QUINCE EUROS (40.115,00 €) en concepto de intereses.

- El 23 de enero de 2015, se insta a la interesada a que subsane la solicitud de iniciación con especificación al completo de la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, concretamente en relación con la cantidad de 3.005,06 €, donde se constata que no existe una continuación en los intereses calculados, toda vez que de los intereses calculados, entre el 01/01/2002 al 31/12/2002 se pasa, en la hoja siguiente, a los intereses comprendidos entre el 01/01/2008 al 31/12/2008, con especificación de la proposición de prueba, indicando los medios de que pretenda valerse y, en su caso, se acompañe de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos.

- El 27 de enero de 2015 se presenta escrito por la mercantil en el que se subsana la omisión padecida en su anterior escrito, señalando como única prueba que propone la documental acompañada al escrito de Reclamación.

- El 9 febrero de 2015 se dicta Resolución de la Viceconsejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, nº 8 por la que se admite la reclamación presentada y se ordena iniciar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, lo que se notifica a la interesada el 26 de febrero de 2015.

- Por Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno núm. 73, de fecha 24 de febrero de 2015, se admiten a trámite las pruebas presentadas por la interesada.

- El 10 de marzo de 2015 se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia, sin que se presentaran alegaciones por su parte.

- El 12 de junio de 2015 se emite el preceptivo informe por el Servicio Jurídico.

- El 22 de junio de 2015 se emite Propuesta de Resolución en la que se estima la reclamación de la interesada.

## IV

1. Como ya se señaló en el Dictamen 452/2013, referido, se está 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, en los casos donde la Ley vulnere la Constitución, ésta o el cumplimiento del Derecho Comunitario, y exista antijuridicidad, así como el resto de los requisitos exigidos en el art. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así, el Dictamen del Consejo de Estado 72/2014, de 30 de abril, fundamenta, respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador:

«(...) precisa la concurrencia simultánea de dos requisitos: en primer lugar que tales actos legislativos ocasionen un daño a sus destinatarios que éstos no tengan el deber jurídico de soportar; y en segundo término, que los propios actos prevean la indemnización de tales daños (véase, en este sentido, el Dictamen 900/2011, de 30 de junio).

La jurisprudencia ha considerado que el segundo de estos requisitos, establecido en el inciso final “cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos” del art. 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no es aplicable ni entra en juego cuando la hipotética lesión tiene su origen en la aplicación de leyes o normas con fuerza de ley declaradas inconstitucionales.

Por lo demás, hay una línea jurisprudencial, de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011, conforme a la cual, aun cuando la ley a la que se imputa la producción de la lesión no contenga previsión expresa alguna en orden a la indemnización o compensación por los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de su aplicación, ello no impide que, a pesar de la omisión de una cláusula de responsabilidad pueda reconocerse la debida indemnización en favor de los perjudicados por los perjuicios ocasionados por la aplicación de los actos legislativos de dicha ley (...) siempre y cuando conforme a los criterios generales del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial el daño o perjuicio alegado sea antijurídico (...)».

2. Se analiza si procede la declaración de responsabilidad de la Administración en los términos de la solicitud de la interesada. Se señaló en el ya citado Dictamen 452/2013 que, instada reclamación por daños sufridos como consecuencia del ejercicio del derecho de retracto reconocido en el apartado 4 de la Disposición Transitoria Única LOTC, que fue declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 28, de 1 de marzo de 2012, se ejercitó por la entidad interesada el derecho de adquisición preferente que el citado apartado 4 le reconocía y, además, 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 declarado inconstitucional el precepto en cuya virtud se ejercitó el derecho por la entidad interesada.

Por otro lado, también se concluyó que el ejercicio del derecho atribuido en la norma, luego declarada inconstitucional, se realizó en el excepcional y transitorio plazo establecido en la misma, sólo respecto de 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.

Finalmente, en relación con las dos primeras demandas, que dieron lugar a los juicios nº 50/2000 y 61/2000, 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 4 de la Disposición Transitoria Única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, se determinaron los conceptos indemnizables.

3. Ahora bien, en coherencia con la Propuesta de Resolución y con nuestro Dictamen 452/2013, en el Decreto 38/2014, de 15 de mayo, del Gobierno de Canarias en el que se estimaba parcialmente la reclamación de la interesada y se establecía el pago de indemnización, no se incluía el pago de los intereses del dinero depositado en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de San Bartolomé de Tirajana en el juicio de retracto nº 50/2000, por no haberse determinado aún la cuantía, al no haberse dictado en aquella fecha sentencia.

Pues bien, reclamadas el 16 de diciembre 2014 de nuevo tales cuantías, por haberse concretado tras dictarse sentencia de apelación del juicio de retracto 50/2000, en fecha 16 de septiembre de 2014, por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, se ha tramitado el procedimiento que nos ocupa y cuya Propuesta de Resolución concluye con la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por M.J.C.H., en representación de E.T.P., S.L., debiendo ser indemnizada en la cantidad de TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CENTIMOS. (38.218,99 €), por el interés legal del dinero por las cantidades depositadas en la demanda de retracto nº 50/2000 en concepto de precio de venta: en la cantidad de MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y TRES CENTIMOS (1.897,33 €), por el interés legal del dinero por las cantidades depositadas en concepto fianza por la anotación preventiva de la demanda en el juicio de retracto nº 50/2000, lo que suman un total de CUARENTA MIL CIENTO DIECISEIS EUROS CON TREINTA Y DOS CENTIMOS (40.116,32). Importe que, en aplicación del art. 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 de responsabilidad patrimonial.

3. Como ya se ha indicado, el objeto de la reclamación presentada el 16 de diciembre de 2014 es el mismo del fundamento decimoquinto de la reclamación presentada el 27 de marzo de 2013, sólo que en aquel momento no podía determinarse la cuantía, que ha podido cuantificarse tras dictarse sentencia de apelación.

Ahora, tras la presentación de reclamación por la interesada, se concretan las cuantías objeto de indemnización a la que se tiene derecho, por las razones anteriormente indicadas.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial al que se contrae el presente dictamen se considera conforme a Derecho, al concurrir los requisitos legales exigidos y por aplicación de acto legislativo (apartado 4, disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril), procediendo estimar la reclamación, así como la cantidad fijada en concepto de indemnización.