



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 6 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de noviembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Granadilla de Abona en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.M.B., en calidad de administrador único de la mercantil C.M.M., S.L., por daños ocasionados consecuencia de impedir la puesta en uso de una promoción inmobiliaria de su propiedad por parte del Ayuntamiento (EXP. 347/2016 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde de Granadilla de Abona es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado a instancias de M.M.B., en representación de la entidad mercantil C.M.M., S.L., en solicitud de una indemnización por los daños y perjuicios y por el lucro cesante consecuencia de impedir la puesta en uso de una promoción inmobiliaria de su propiedad por parte del Ayuntamiento.

2. La cuantía de la indemnización que se reclama determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), a cuya legislación remite el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

3. En virtud de la disposición transitoria tercera a), y demás concordantes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es la Ley 30/1992 la normativa aplicable porque a la entrada en vigor de ésta el presente procedimiento ya estaba iniciado.

4. La reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega daño patrimonial en un bien inmueble de su propiedad.

Se cumple igualmente la legitimación pasiva de la Administración municipal, ya que se le imputa ser quien impide la promoción inmobiliaria del inmueble del interesado.

5. Conforme al art. 13.3 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, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, que ya ha sido sobrepasado en el presente procedimiento. Sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud de los arts. 42.1 y 43.1 y 3, b) LRJAP-PAC en relación con el art. 142.7 de la misma ley.

II

1. Los antecedentes relevantes del presente caso son los siguientes:

- El 24 de mayo de 2012, el interesado, en representación de la mercantil de la que es administrador único, presenta escrito de reclamación patrimonial en el que solicita una indemnización por los daños que a su entender le ha provocado la nulidad del expediente sancionador seguido contra dicha entidad, por la comisión de una infracción calificada de grave, del 202.3.b) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de los Espacios Naturales de Canarias (en adelante TRLOTEN), aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, y la falta de reconocimiento de la licencia urbanística otorgada por silencio, para la construcción de edificio de 27 viviendas, 27 aparcamientos, local comercial y 10 lavaderos, en (...), San Isidro, de ese término municipal, lo que le ha impedido a la empresa solicitar la apertura del edificio, su inscripción en el Registro de la Propiedad, su explotación en régimen de venta o alquiler. Y todo ello, desde el día 09/01/2007, fecha de terminación de dicha edificación.

Está acreditado lo siguiente:

- La sociedad mercantil C.M.M., S.L., por escrito de fecha 24/04/2003, solicita licencia urbanística para la construcción de edificio de 27 viviendas, 27 aparcamientos, local comercial y 10 lavaderos, en (...), San Isidro.

Tras varios requerimientos en la instrucción del expediente, con el objeto de la subsanación del proyecto presentado para la obligada adaptación del proyecto a la normativa urbanística vigente, se emite informe por los servicios técnicos municipales el 27/04/2006 en el que se señala que el proyecto no cumple con respecto a los parámetros urbanísticos siguientes: 1.- uso comercial en planta semisótano; 2.- lavaderos en la planta cubierta; 3.- no se respeta la ocupación del 100% de la planta con la limitación de los retranqueos obligatorios; 4.- cuerpos volados; 5.- altura máxima, altura máxima en planta baja y semisótano; 6.- ocupación sobre altura reguladora máxima y los cerramientos de parcelas, que no se describen. Tampoco cumple en cuanto a condiciones de habitabilidad que le son de aplicación: 1.- superficiales y dimensionales; 2.- ventilación e iluminación; 3.- relación de equipamiento, de piezas complementarias y zonas comunes y específicas de garaje y se hace constar finalmente que realizada visita de inspección se comprobó que las obras descritas en el proyecto, ya estaban ejecutadas y prácticamente terminadas en su totalidad.

Sobre la base de dicho parecer técnico, el Servicio Jurídico informa con carácter desfavorable la concesión de la licencia, y el órgano municipal competente para la resolución de estos expedientes, mediante acuerdo adoptado en fecha 12/05/2006, resuelve requerir al promotor con el objeto de que proceda a subsanar las deficiencias señaladas en el proyecto para poder obtener la correspondiente licencia de obras, de conformidad con la normativa vigente.

- Con posterioridad y a raíz de la presentación de nueva documentación, consta la emisión de nuevos informes, acreditando los incumplimientos ya advertidos anteriormente, a cuyo efecto se le comunica por el Concejal-Delegado de Urbanismo con fecha 30/06/2009 que, estando terminada la edificación prácticamente desde el año 2006, resulta necesario proceder a la legalización de las obras, para lo que deberá aportar un proyecto de legalización adaptado a la normativa vigente y de demolición de la parte de la edificación no adecuada a dicha normativa.

Frente a dicha comunicación, el interesado presenta recurso de reposición por el que se opone a dicha medida, entendiéndose que la licencia ya ha sido otorgada por silencio administrativo positivo, no ha caducado y se ajusta a las determinaciones de

las Normas Subsidiarias de Planeamiento vigentes en el momento de la presentación del proyecto, que no establecía las limitaciones impuestas en el actual PGO. Por otra parte, manifiesta también que las condiciones de habitabilidad y contra incendios de aplicación son las que corresponden al momento del otorgamiento de la licencia, que además se cumplen en dicha edificación y han sido justificadas mediante la presentación de los proyectos técnicos que obran en el expediente administrativo. Dicho recurso fue desestimado con fundamento en que, por tratarse de un acto de trámite, no decidía ni directa ni indirectamente, el fondo del asunto.

- Mediante Decreto del Concejal-Delegado de Obras y Servicios Generales, de fecha 10/12/2008, se incoa expediente sancionador a la sociedad reclamante como promotora de la edificación, por la presunta comisión de infracción urbanística grave, consistente en la realización de obras de edificación sin la preceptiva licencia urbanística requiriendo de la inculpada, para que en el plazo de tres meses instara la legalización de las obras no amparadas en la preceptiva licencia, con todo lo demás establecido legalmente, de conformidad con lo dispuesto en el citado Texto Refundido.

- Dicho procedimiento sancionador fue resuelto por Decreto de 11/06/2009, imponiéndose a la entidad reclamante una sanción de 497.135,17 €, como autora responsable de una infracción grave prevista en el art. 202.3.b) TRLOTEN, ordenándose el restablecimiento del orden urbanístico infringido y de la realidad física alterada mediante la demolición de las obras que no cumplan la normativa. A tal efecto, se requirió al inculpado para que en el plazo de un mes presentara proyecto de demolición, como primer trámite de ejecución voluntaria de lo ordenado, con reducción del 90% de la sanción, advirtiéndole que el incumplimiento del mencionado requerimiento daría lugar a la ejecución forzosa de la demolición, conforme a lo previsto en el art. 96 LRJAP-PAC.

- Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se siguió el mismo bajo el nº 0000519/2009 en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, dictándose sentencia en fecha 10/02/2011 que declara la nulidad del acto administrativo impugnado. Esta sentencia fue complementada mediante auto aclaratorio de fecha 18/05/2011 del fallo de la misma, en el sentido de desestimar la pretensión esgrimida por la parte recurrente, relativa al reconocimiento a la entidad mercantil como situación jurídica, la declaración de la validez y eficacia de la licencia otorgada por silencio, a la solicitud presentada en el Ayuntamiento con fecha 24/04/2003.

- Por otra parte, consta también que el Ayuntamiento había aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación de la unidad de actuación, por Decreto de la Alcaldía-Presidencia de fecha 13/08/2004, y se inscribieron las operaciones jurídicas resultantes del mismo en el Registro de la Propiedad con fecha 22/08/2007, entre otras, las parcelas resultantes propiedad de la entidad reclamante denominadas SI.08.B.08, con superficie de 419,90 m² y SI.08.B.09, con superficie de 307 m², que, agrupadas posteriormente, constituyeron una parcela de 726,90 m² sobre las que se había efectuado la construcción de la edificación. El proyecto de urbanización de la unidad de actuación fue aprobado por el Ayuntamiento en pleno en sesión extraordinaria de fecha 23/02/2007, y las obras de urbanización del sector, adjudicadas por la empresa municipal G., S.L. por encomienda del Ayuntamiento, fueron terminadas en fecha 15/04/2011.

- Con posterioridad, la propiedad mediante escritura autorizada por el Notario de Puerto de la Cruz M.G.R. el día 08/05/2012, al n° 368 de su protocolo, otorgó escritura de obra nueva terminada, constitución en régimen de propiedad horizontal y división horizontal, de 27 viviendas, 27 plazas de aparcamientos, 1 local comercial y 10 lavaderos, desarrollados en cinco plantas, las dos primeras bajo rasante (sótano 2 y semisótano o sótano 1) y las tres restantes sobre rasantes (baja, primera y segunda) y rematada en cubierta plana, destinada en parte a azotea y en parte caja de escalera, sala RITS y a diez cuartos lavaderos y que constan inscritas en el Registro de la Propiedad, sobre la parcela formada por agrupación de las dos parcelas resultantes de la reparcelación anteriormente descritas. En dicho documento se hizo constar que la obra declarada se terminó en fecha 09/01/2007, según acreditó por certificación técnica del Arquitecto J.L.P. con fecha 29/12/2011 y que la fecha de terminación de la obras es superior al plazo de cuatro años previsto en el art. 180.1 del TRLOTEN, para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y prescripción de la infracción para las infracciones muy graves del art. 205 del mismo cuerpo legal, en que hubiere podido incurrir el edificante, manifestando el compareciente que no le consta incoación de expediente alguno de disciplina urbanística sobre la finca, ni que se haya practicado anotación preventiva por tal concepto en el Registro de la Propiedad.

- El interesado, mediante escritos de fecha 29/05/2014, n° 27008, 27012, 27015, 27019, 27027, 27037, 27042, 27048, 27052, 27053, 27059, 27057, 27061, 27066, 27062, 27072, 27075, 27077, 27078, 27079, 27081, 27083, 27087, 27085, 27089, 27094, 27097, 27099, 27103, 27105, presentó declaración responsable con el

objeto de la ocupación y utilización de las viviendas, comercial y plazas de garajes de la edificación, con fundamento en lo dispuesto en el art. 166.bis del TRLOTEN.

2. Además de la acreditación de los hechos expuestos en el ordinal anterior, en el expediente constan los siguientes documentos y trámites esenciales:

- Informe del Secretario Accidental, de 30 de julio 2012.

- Providencia del instructor de fecha 02/07/2013, por la que se acuerda la apertura del período probatorio, dándose por reproducidos la documental aportada por la parte reclamante.

- Concesión del preceptivo trámite de audiencia y vista a la parte reclamante en fecha 4 de febrero de 2012 (notificado el 20 de febrero), no constando que se hayan presentado alegaciones u otros documentos.

- Propuesta de Resolución, de 4 de agosto de 2016, que desestima la reclamación patrimonial del interesado al entender que no ha existido daño alguno contra su sociedad por la declaración judicial de nulidad de la sanción impuesta (al apreciar la caducidad del procedimiento); antes al contrario, la inactividad de la Administración -al no volver a iniciar un nuevo procedimiento sancionador- ha permitido a la postre a la empresa terminar la edificación, otorgar escritura de declaración de obra terminada y división horizontal, la inscripción en el Registro de la Propiedad, la presentación de las declaraciones responsables y, por lo tanto, la ocupación y utilización de la misma.

III

1. Sin embargo, con carácter previo, debemos acreditar que no ha prescrito la acción de reclamar por haberse ejercido dentro del plazo de un año que establece la normativa aplicable.

La Propuesta de Resolución argumenta que la acción no está prescrita porque de acuerdo con el art. 142.5 LRJAP-PAC es a partir del pronunciamiento judicial definitivo cuando se debe comenzar a computar el plazo prescriptivo de un año. Así, siguiendo el criterio de la STS de 21/03/2000, que señala que el principio de la *actio nata* impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo mientras no se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción, siguiendo otras muchas anteriores, entre ellas, de 6/07/1999, recoge que «(...) el principio general de la "*actio nata*" significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción

sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad».

De tal jurisprudencia, la Propuesta de Resolución entiende que el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial debe ser a partir de la fecha de notificación del auto complementario de la sentencia. Así, siendo esa fecha el 18 de mayo de 2011, notificado el 27 de mayo siguiente, la reclamación, presentada el 24 de mayo de 2012, no es extemporánea.

2. Para poder coincidir o no con la Propuesta de Resolución es fundamental determinar a qué actividad de la Administración municipal el interesado imputa la virtualidad del daño. Según su escrito de reclamación (pág. 5), parece que es a la imposición de la sanción, pues alega que «sólo desde la firmeza del Auto de 18 de mayo de 2011, de corrección de la Sentencia de 10 de febrero de 2011, esta empresa ha podido y puede reclamar del Ayuntamiento los daños producidos como consecuencia del expediente sancionador anulado (...)», y que finalmente le ha impedido a la empresa solicitar la apertura del edificio, su inscripción en el Registro de la Propiedad, su explotación en régimen de venta o alquiler.

El interesado, pues, achaca el daño a la imposición, mediante Decreto de 11/06/2009, de la sanción de 497.135,17 € como autora responsable de una infracción grave prevista en el art. 202.3.b) TRLOTEN, sanción declarada nula por Sentencia de fecha 10/02/2011 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, por caducidad del procedimiento sancionador.

Sin embargo, lo cierto es que tal afirmación no obedece a la verdad. Ni la resolución del procedimiento sancionador, mediante la imposición de la sanción, ni su posterior anulación judicial le han podido producir los daños por los que reclama.

El interesado aduce que el daño inferido ha sido la imposibilidad de solicitar la apertura del edificio, su inscripción en el Registro de la Propiedad, su explotación en régimen de venta o alquiler. Pero lo cierto es que ni la imposición de la sanción -por infracción de la normativa urbanística- ni menos aún su posterior nulidad judicial -por caducidad del procedimiento- han impedido que pudiera solicitar y, en caso de cumplir con la legalidad vigente, obtener el derecho a la primera ocupación y consiguiente apertura del edificio, su inscripción en el Registro de la Propiedad y su explotación en régimen de venta o alquiler.

Tampoco cabe coincidir con la afirmación de la reclamante de que «sólo desde la firmeza del Auto de 18 de mayo de 2011, de corrección de la Sentencia de 10 de febrero de 2011, esta empresa ha podido y puede reclamar del Ayuntamiento los daños producidos como consecuencia del expediente sancionador anulado (...)». En efecto, como afirma el informe suscrito por el Secretario Accidental, de 30 de julio de 2012, el interesado pudo haber reclamado desde el 15 de octubre de 2009, fecha en la que se desestima el recurso de reposición contra el último requerimiento de documentación y subsanación de su solicitud de licencia de obra, pues en ese momento el interesado ya tenía conocimiento del presunto daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

Por otro lado, si el presunto daño consistente en no poder utilizar el edificio ya construido derivó de una acción u omisión de la Administración la actuación administrativa causante de aquél sería la no concesión de la licencia de primera ocupación (ahora presentación de la correspondiente declaración responsable). Efectivamente, la reclamante siempre ha sostenido que la licencia de obras le fue otorgada por silencio administrativo, por lo que desde que entendió producido ese acto presunto debió y pudo solicitar la licencia de primera ocupación (o presentar la preceptiva declaración responsable) que habría permitido el uso del edificio en cuestión. Si no lo hizo, no puede alegar la producción de un daño por parte de la Administración municipal. En cualquier caso, la reclamación por responsabilidad administrativa, para que no resultara extemporánea, debería haber sido presentada entonces.

Al respecto, es preciso recordar que la Sentencia de fecha 18 de enero de 2008, entre otras, dispuso:

«(...) La acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la "*actio nata*" recogido en el artículo 1969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance

o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible. Por lo tanto el "*dies a quo*" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto" (Sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos "aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo" (STS de 14 de febrero de 2006)».

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la *actio nata*, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta coyuntura solo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

Es patente que para la reclamante la presunta omisión administrativa causante del daño consistente en no poder utilizar el edificio era la que debía haber sido base para reclamar una indemnización, siempre que la reclamación se hubiera presentado dentro del año subsiguiente. El supuesto perjuicio no pudo ser originado ni por la sanción ni, por ende, por su nulidad, ya que nada impedía, si su actuación se ajustaba a Derecho, no sólo pedir la apertura del edificio y su inscripción en el Registro, sino su explotación.

En definitiva, de entender la reclamante que la imposibilidad de uso del edificio era imputable a la acción u omisión de la Administración en relación con el otorgamiento de la licencia de obras o, más aún, con la no concesión de la licencia de primera ocupación, la reclamación por la responsabilidad administrativa derivada debió presentarse dentro del año siguiente. Habiéndose presentado la reclamación el 24 de mayo de 2012, es evidente su extemporaneidad al superar ampliamente el año para ejercerla. Por lo demás, estando prescrita la acción para reclamar, como hemos manifestado reiteradamente, no procede entrar en el fondo del asunto.

3. La Propuesta de Resolución rechaza la anterior conclusión acerca de la extemporaneidad de la reclamación. En consecuencia, entra en el fondo de la cuestión extendiéndose también en consideraciones acerca de la no conformidad a Derecho de la reclamación presentada. A juicio de este Consejo, la Propuesta de Resolución no tiene que entrar en ello, debiendo limitarse a constatar y declarar la extemporaneidad de la reclamación. En consecuencia, la Propuesta de Resolución que desestima la reclamación debe hacerlo sólo en base a la extemporaneidad de la

reclamación, no procediendo fundarla en otras consideraciones, debiendo omitir cualquier manifestación o declaración sobre el fondo de la cuestión planteada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho, si bien debe revisarse su fundamentación en el sentido señalado por este Dictamen.