



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de febrero de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.B.P.E., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de la Gerencia Municipal de Urbanismo (EXP. 480/2016 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, a causa de los daños que se alegan provocados por el funcionamiento del servicio público competente en materia de urbanismo, de titularidad municipal, cuyas funciones le corresponden en virtud del art. 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

2. Es preceptiva la solicitud de Dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, remitida por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de acuerdo con el art. 12.3 de la misma.

3. En cuanto a los antecedentes de hecho, se desprenden de la documentación obrante en el expediente los siguientes:

La reclamante presentó el día 5 de diciembre de 2005, ante la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, una denuncia por considerar

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

ilegal la instalación de un tejado en el patio interior del edificio en el que se ubica su domicilio (...).

Tras diversas actuaciones, entre las que se incluye la emisión de un informe por los técnicos de la Gerencia y el trámite de audiencia, el día 6 de octubre de 2006 se dictó la Resolución del Consejero Director de la Gerencia por la que se ordenó a la titular de la vivienda que había instalado el referido tejado ilegal, M.D.B.P., que en el plazo de 30 días realizase los trabajos y obras necesarios para restablecer el orden jurídico perturbado y la realidad física alterada.

M.D.B.P. interpuso contra esta Resolución recurso de alzada el día 29 de noviembre de 2006, que fue desestimado por Acuerdo del Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo el día 9 de febrero de 2007, interponiéndose, a su vez, contra dicho Acuerdo recurso contencioso-administrativo que se sustanció a través del procedimiento ordinario nº 538/2007, dictándose, primeramente, Auto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife por el que se acordó la suspensión de la demolición del mencionado tejado y, por último, Sentencia estimatoria el 14 de octubre de 2009 (con registro de entrada en la Gerencia de 20 de octubre de 2009), que la Administración municipal decidió no recurrir.

Dicha Sentencia ordenaba la retroacción del procedimiento administrativo con la finalidad de que se procediera a la apertura del periodo probatorio, toda vez que se consideraba que la omisión de dicho trámite le había causado indefensión a la interesada en tal procedimiento.

4. El día 29 de septiembre de 2011 se le notificó a M.D.B.P. que se retrotraía el procedimiento en cumplimiento de lo dispuesto en la referida Sentencia y que se le otorgaba el trámite de audiencia. El día 22 de marzo de 2012 se dictó Resolución del Consejero Rector por la que se comunicaba a la interesada en dicho procedimiento administrativo que tenía tres meses para legalizar las obras del tejado construido en su vivienda, interponiendo recurso potestativo de reposición el 7 de mayo de 2012 contra la dicha Resolución.

En un momento posterior, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, en el incidente de ejecución tramitado al efecto, dictó el día 11 de septiembre de 2012 Auto por el que anuló dicha Resolución del Consejo Rector, puesto que no constaba entre las actuaciones realizadas por la Gerencia la apertura del periodo probatorio, siendo este el motivo por el que se impugnó la Resolución anterior. El día 6 de marzo de 2013 por Resolución del Consejero Director se acordó

estimar el recurso potestativo interpuesto y retrotraer las actuaciones con la finalidad de proceder a la apertura del periodo probatorio.

5. Sin embargo, pese a lo anteriormente expuesto, M.D.B.P. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 22 de marzo de 2012, que dio lugar al procedimiento ordinario nº 462/2012, tramitado por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, que dictó Sentencia el día 25 de marzo de 2014, inadmitiéndolo, pues su pretensión ya había sido resuelta a través del Auto dictado en el incidente de ejecución mencionado anteriormente.

6. El 11 de agosto de 2014 se dictó Resolución del Consejero Director de la Gerencia por la que se ordenó nuevamente a M.D.B.P. que en el plazo de tres meses solicitara la legalización del cerramiento de patio que había efectuado mediante el referido tejado, contra la que interpuso recurso contencioso-administrativo, que dio lugar al procedimiento ordinario nº 375/2014, que finalizó con la Sentencia de 31 de julio de 2015.

En dicha resolución judicial se señaló lo siguiente:

«El procedimiento administrativo primigenio quedó suspendido en su día por el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de esta misma capital (...).

Por consiguiente, es correcto fijar el “dies a quo” de la reanudación el día 13 de abril de 2011, que es cuando ésta se acuerda, según folio 122 del expediente administrativo. De manera que hasta la resolución final han transcurrido más de 3 años, lo cual implica la caducidad del procedimiento, conforme al artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Además, de que si la administración hubiera entendido que el trámite de apelación suspendía el procedimiento no se comprende por qué lo reanudan tan pronto se notifica la sentencia de primera instancia, sin que pueda ahora alegar válidamente contra sus propios actos, ni traicionar la confianza legítima causada a la administrada, pues ni siquiera consta que dictase acuerdo expreso de suspensión y posterior levantamiento de la misma con expresión de las causas y correspondiente pie de recurso, actuando en todo momento de manera continuada en la tramitación del expediente».

Por tanto, en cumplimiento de la misma, mediante la Resolución del Consejero Director, de fecha 17 de noviembre de 2015, se acordó el archivo de las actuaciones y el día 12 de mayo de 2016 se dictó una nueva Resolución del Consejero Director por la que se declaró la caducidad de la acción que tiene la Administración para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado en el presente asunto, ello en virtud de lo dispuesto en la legalidad aplicable (art. 180 del Texto Refundido de la Leyes de Ordenación del

Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo).

7. La reclamante alega que el archivo por «*prescripción*» del expediente se ha debido a la falta absoluta de diligencia por parte del personal de la Gerencia de Urbanismo a la hora de controlar los plazos de tramitación, lo que le ha causado el tener que soportar dicho tejado ilegal, que constituye, a su juicio, un elemento que genera suciedad si no se limpia por quien lo instaló, le ha inutilizado el espacio que tiene para secar su ropa y, además, dicho tejado constituye una plataforma por la que se podría acceder ilegalmente a su edificio.

Por ello, solicita una indemnización de 60.000 euros, pues considera que cada año que ha tenido que soportar el tejado ilegal, sin que actuara convenientemente la Administración, se debe valorar en 6.000 euros.

8. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), aplicable en virtud de lo que dispone la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como el 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.

También es aplicable, específicamente, el art. 54 LRBRL.

II

1. El procedimiento comenzó con la presentación del escrito de reclamación, que se efectuó el día 15 de julio de 2016, siendo admitida a trámite a través de la Resolución del Consejero Director de la Gerencia de 4 de noviembre de 2016.

En cuanto a su tramitación, cuenta con el informe preceptivo del Servicio y el trámite de vista y audiencia, presentándose escrito de alegaciones el día 5 de diciembre de 2016, sin que se solicitara por la interesada la práctica de prueba alguna.

El día 27 de diciembre de 2016, se emitió la Propuesta de Resolución, objeto del presente Dictamen.

2. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

III

1. La Propuesta de Resolución es de sentido desestimatorio, puesto que la Administración considera que no concurren los requisitos legalmente exigidos para poder imputarle la responsabilidad patrimonial reclamada por la interesada.

El órgano instructor alega que la actuación de la Gerencia de Urbanismo no fue negligente, puesto que durante los diez años de tramitación del procedimiento administrativo dirigido al restablecimiento del orden jurídico perturbado se sustanciaron cuatro procesos judiciales iniciados a instancias de la promotora de las obras, que duraron tres años y once meses, con lo que se agotó el tiempo de tramitación por causas no imputables a la Administración, que produjeron la caducidad de la acción que ostenta para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Además, se considera por la Corporación Local que los daños reclamados no se han demostrado debidamente y que el sistema de valoración de los mismos es subjetivo y aleatorio.

2. En este asunto, es necesario tener en cuenta que el objeto del presente Dictamen se concreta únicamente en determinar si la actuación de la Administración durante la tramitación del procedimiento administrativo dirigido a lograr el restablecimiento del orden jurídico perturbado fue adecuada o no y, en caso de considerarse que ha habido un mal funcionamiento, se ha de establecer si se ha producido un daño indemnizable y la posible cuantía del mismo.

3. Pues bien, de la documentación que figura en el expediente, es decir, del contenido del informe del Servicio y de lo que se indica en la Propuesta de Resolución acerca de la tramitación del procedimiento administrativo ya referido, así como de la propia documentación correspondiente dicho procedimiento (expediente 2011004672), que se adjunta al expediente correspondiente al procedimiento de responsabilidad patrimonial, se observa con toda claridad *la inactividad injustificada de la Administración, que abarca desde que se dicta la primera Sentencia, el 14 de julio de 2009 (procedimiento ordinario 538/2007), hasta el día 29 de septiembre de*

2011, cuando se le notifica a la promotora de las obras el trámite de audiencia, omitiendo la fase probatoria pese a lo ordenado en dicha resolución judicial.

Además de lo que acaba de exponerse, a mayor abundamiento, debe traerse a colación lo señalado en la Sentencia de 31 de julio de 2015 (procedimiento ordinario 375/2014), en relación con la caducidad del procedimiento administrativo urbanístico mencionado, que se transcribió con anterioridad (véase el primer fundamento del presente Dictamen).

4. Asimismo, cuando la Gerencia, en un primer momento, retrotrajo las actuaciones no lo hizo en los términos ordenados en la primera sentencia recaída, esto es, no llevó a cabo la apertura de la fase probatoria, pasando directamente al trámite de audiencia, lo que dio lugar a que la promotora de las obras se viera en la necesidad de impetrar la actuación de los Tribunales mediante el incidente de ejecución ya mencionado, para que la primera Sentencia dictada se ejecutara en sus propios términos, procediéndose posteriormente a la apertura de la fase probatoria.

5. En conclusión, el mal funcionamiento de la Administración estriba en este asunto, tanto en su inactividad injustificada como en la ejecución inadecuada de la primera resolución judicial (sentencia), que causaron un retraso evidente en la tramitación del procedimiento administrativo referido y que, sin duda alguna, tuvieron una influencia directa y esencial en la caducidad de la acción para lograr el restablecimiento del orden jurídico vulnerado por M.D.B.P. con la realización del tejado ilegal.

6. Sin embargo, como es bien sabido, para poder imputar a las Administraciones Públicas la posible responsabilidad patrimonial en la que hubieran podido incurrir es necesario probar la concurrencia no sólo de una actuación deficiente por su parte, sino que el daño reclamado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (art. 139.2 LRJAP-PAC), existiendo entre ambos una relación causa-efecto directa.

Así se ha manifestado este Consejo Consultivo de forma reiterada y constante, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo emitida en relación con esta cuestión (por todos, DDCC 305 y 372/2016), señalando lo siguiente:

«Por último, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de la Audiencia Nacional, de 12 de febrero de 2013, efectúa un desarrollo de la doctrina anteriormente referida, que resulta especialmente, aplicable a este supuesto que nos ocupa, señalándose que:

Ex artículo 139.2 de la Ley 30/1992 “en todo caso, el daño alegado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, lo que implica que el daño debe ser real, cierto y determinado, sin que sean estimables los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, y sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa. El daño, además, debe estar acreditado, pues la indemnización no puede pivotar sobre parámetros eventuales o posibles.

La jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor”».

Todo lo cual resulta ser aplicable a este caso por las razones que seguidamente se exponen.

7. En efecto, la interesada no logra acreditar que la actuación deficiente de la Administración le haya generado un daño real, cierto, efectivo y evaluable económicamente, pues alega haber sufrido daños hipotéticos, tales como que se le ensucie su vivienda, siempre y cuando no se limpie el tejado, o que el mismo pueda generarle problemas de seguridad en su domicilio y sin que, además, haya probado de forma fehaciente que tal construcción ilegal le impide secar la ropa, hecho éste que, de haberse probado igualmente, constituiría una molestia que en modo alguno puede valorarse en 6.000 euros anuales.

Todo ello, sin olvidar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior y, por tanto, le correspondía a la interesada demostrar la realidad de los hechos alegados, en este asunto, que no puede secar la ropa que tiende en su patio, siendo insuficiente las aportadas al efecto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, analizada se considera conforme a Derecho, con arreglo a lo argumentado en el Fundamento III de este Dictamen.