



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 437/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de noviembre de 2017.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad 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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia de la situación de aislamiento en que queda la finca de su propiedad, la cual se ha producido por un error en lo que se refiere a los accesos a la misma en el Plan General de Ordenación de Santa Cruz de Tenerife (EXP. 405/2017 ID)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias, tras la presentación de reclamación indemnizatoria por el perjuicio económico sufrido como consecuencia de la situación de aislamiento en que queda la finca registral nº 8325/BIS, ocasionado por un error en lo que se refiere a los accesos a la misma del ámbito 4.8.5 «Enlace Costa Sur» en el Plan General de Ordenación de Santa Cruz de Tenerife.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Se encuentra legitimado para solicitarlo la Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias, de conformidad con el art. 12.3 LCCC.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

3. El representante de la empresa afectada manifiesta que su mandante ostenta la titularidad dominical de un inmueble situado en el borde del ramal de enlace Mayorazgo-Mercatenerife, como se denomina a la carretera TF-29, que conecta las autovías TF-5 y TF-1, estando inscrita en el Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna nº 2, como la finca 8325/BIS, situada dentro del ámbito 4.8.5. «Enlace Costa Sur», que forma parte del Área de Ordenación Urbana 4.8. «Mayorazgo».

Dicha finca, de acuerdo con el Plan General de Ordenación de Santa Cruz de Tenerife (PGOU), está clasificada como suelo urbano consolidado de uso terciario/industrial con zona de edificación abierta grado 3 (A-R3), lo que implica que su mandante ostenta el derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico que le corresponde para lo cual es preciso disponer de un acceso rodado o estar en disposición de habilitarlo.

4. El reclamante afirma que, en la actualidad y como consecuencia de los términos en los que ha sido redactado y aprobado el PGOU, el inmueble de titularidad de su mandante carece de acceso a la vía pública. Al respecto señala que incluso durante la tramitación del presente PGOU quedó patente la necesidad de habilitar un acceso a la parcela de su representada, pues en el Tomo II.1 «Subsanaciones e informes» (información pública) del PGOU, constan los reparos expuestos en el Dictamen de la Ponencia Técnica de la COTMAC, de 26 de marzo de 2008, manifestándose en relación con el referido ámbito 4.8.5 que «En este ámbito debe verificarse el uso y la tipología, dado que no concuerda con la edificabilidad asignada, y redelimitarlo para recoger el ensanche de la autovía y un acceso viario desde la actual vía trasera del cementerio a la parcela correspondiente el antiguo recinto ferial».

Sin embargo, el equipo redactor señaló que tal reparo había sido subsanado, lo que, a su juicio, es del todo incierto.

5. Además, de todo ello el representante de la empresa afectada añade en el escrito de alegaciones presentado con ocasión del trámite de vista y audiencia que en las normas de ordenación pormenorizada (Tomo 2.1.2), contenidas en el PGOU, en el art. 2.5.4. apartado 2, letra a) se establece que «En defecto de determinaciones expresas del planeamiento y de las ordenanzas, normas o instrucciones previstas legalmente, se consideran servicios urbanísticos mínimos para que una parcela pueda tener la condición de solar susceptible de aprovechamiento edificatorio, los siguientes:

a) acceso rodado por vía pública pavimentada en condiciones adecuadas, todas las vías que circunden la parcela».

Así mismo, se afirma que el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, en el anexo relativo a conceptos fundamentales, se establece lo que se ha de entender por acceso por vía pavimentada en el apartado 1.3.2.1º) (lo hace al definir lo que se considera solar a efectos legales):

«Parcela ya dotada con los servicios que determine la ordenación territorial y urbanística y, como mínimo, los siguientes:

1º) Acceso por vía pavimentada, debiendo estar abiertas al uso público, en condiciones adecuadas, todas las vías que lo circunden.

No pueden considerarse vías a los efectos de la dotación de este servicio ni las vías perimetrales de los núcleos urbanos, respecto de las superficies de suelo colindantes con sus márgenes exteriores, ni las vías de comunicación de los núcleos entre sí o las carreteras, salvo los tramos de travesía y a partir del primer cruce de ésta con calle propia de núcleo urbano».

Normas que determinan que no sea posible habilitar un acceso a la finca de su representada desde la TF-29, ya que ésta tiene la calificación de carretera convencional y no es vía pavimentada, de acuerdo con la legislación urbanística canaria y el citado PGOU.

6. El reclamante considera que tal actuación administrativa le ha ocasionado un perjuicio económico que valora en 7.938.257 euros, lo que engloba el valor de la finca más el coste de demolición del edificio existente en la misma, que prontamente será declarado en ruina, ya que no lo puede mantener convenientemente por no tener acceso rodado a la referida parcela.

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), ley aplicable en virtud de lo que dispone la disposición transitoria tercera, 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 (LPACAP), puesto que el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última ley.

También resultan aplicables el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo y la Ley 9/1991, de 8 de mayo, de Carreteras de Canarias (LCC).

II

1. El procedimiento se inició el 17 de julio de 2015 con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial en el Registro General de la Subdelegación del Gobierno de Santa Cruz de Tenerife.

El presente procedimiento cuenta con diversos informes técnicos y jurídicos emitidos por el Servicio, siendo especialmente destacable el informe del Jefe de Servicio de Valoraciones, emitido el día 8 de febrero de 2017, que es tenido en cuenta en la Propuesta de Resolución, haciéndose incluso referencias concretas al contenido del mismo.

2. Además, se otorgó el trámite de vista y audiencia a la reclamante, que presentó escrito de alegaciones el día 13 de marzo de 2017. Tras dicho trámite se emitieron varios informes complementarios del Servicio referidos a sus alegaciones y se le otorgó nuevamente el trámite de vista y audiencia a la empresa afectada, la cual no presentó un nuevo escrito alegaciones.

En relación con este trámite, es preciso añadir que también se le otorgó al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, pues, si bien la reclamación se presentó ante la Administración autonómica y está dirigida expresamente a la extinta Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial del Gobierno de Canarias, el reclamante considera que ambas Administraciones son responsables solidarias de los daños reclamados.

3. El día 31 de julio de 2017, se emitió Propuesta de Orden resolutoria; posteriormente se emitió el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, de 11 de agosto de 2017 y, finalmente, se emitió el borrador definitivo de la Orden resolutoria a modo de Propuesta de Orden resolutoria, vencido el plazo resolutorio, sin justificación para ello; pero esta demora no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4; 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC.

4. Concurren los requisitos legalmente establecidos para poder hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución, desarrollado en los arts. 32 a 34 LPACAP.

III

1. La Propuesta de Orden resolutoria desestima la reclamación efectuada, pues el órgano instructor entiende que no concurre uno de los requisitos legalmente exigidos para poder imputar a la Consejería la responsabilidad patrimonial reclamada por la interesada, puesto que no es cierto desde el punto vista de la realidad fáctica, ni de la ordenación urbanística aplicable al caso, que la parcela de la interesada se halle en situación de aislamiento, ya que cuenta con un acceso rodado desde la carretera TF-29, cuyo titular es el Cabildo Insular de Tenerife y, por tanto, los daños alegados son hipotéticos e inciertos.

Asimismo, se afirma que es a la Corporación Insular, titular de la TF-29, a quien le corresponde autorizar el acceso directo a la parcela con la TF y que, hasta el momento, la misma nunca ha impedido que tal parcela mantenga el acceso directo con la TF-29 y que sólo en el caso de que el daño hipotético que derivaría exclusivamente de que el Cabildo Insular le impidiera el acceso directo podría entenderse la existencia de una posible relación de causalidad entre el mismo y la actuación del Cabildo Insular, contra quien, exclusivamente, debería estar dirigida la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial.

2. En este caso, es preciso partir de que la reclamación formulada por la interesada se basa exclusivamente en que la actuación administrativa, que se concreta en la aprobación del PGOU de 2013, ha dejado aislada la parcela de su titularidad, hecho lesivo que le ocasiona el perjuicio económico referido en dicho escrito, siendo el eje central de su reclamación tal situación de aislamiento. Por ello, este debe de ser el primer elemento objeto de análisis en el presente Dictamen.

3. Pues bien, en primer lugar cabe afirmar que la interesada no ha demostrada la realidad del hecho lesivo alegado, pues como evidencia por sí mismo el material fotográfico adjunto al expediente, especialmente el obrante en el informe del Jefe del Servicio de Valoraciones (folios 250 a 252 del expediente), la parcela cuenta con un acceso rodado directo a la carretera TF-29, lo que implica que, como correctamente afirma la Administración, desde el punto de vista de la realidad física, tal aislamiento no existe.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la aplicación de la ordenación urbanística, el informe del Servicio referido es claro al señalar que la afirmación contenida en el informe pericial aportado por la interesada, en el que se afirma que la parcela cuenta con una zona verde que la separa de la TF-29 y que impide la creación de un acceso directo a la misma, es del todo incierta, puesto que el plano OP-1.11 de alineaciones, rasantes y zonas de edificación de la zona E3, contenido en el PGOU, determina que lo que en la pericia se califica como nueva zona verde, en el planeamiento se le denomina espacio libre privado de la parcela.

En dicho informe, en aplicación de la Normas de Ordenación Pormenorizada, especialmente su Título III «Parámetros y Condiciones Generales de Edificación», reproduciéndose diversos preceptos de las mismas (arts. 3.2.4, 3.3.1, 3.3.5 y 3.4.4 entre otros muchos) y teniendo en cuenta que en el art. 3.3.1 de dichas normas se establece que los espacios libres privados forman partes de las parcelas y que en el art. 3.3.5 se dispone que las condiciones del espacio libre de las parcelas se regulan en las Ordenanzas Municipales de Edificación, se afirma por el técnico de la Administración que el espacio libre privado se puede utilizar para aparcamientos al aire libre, ajardinamiento y cualquier otro uso que no implique edificación, incluido el tránsito rodado para acceder a la edificación.

Además, se añade que el único cambio que ha experimentado la parcela en sus parámetros ordenancistas entre el PGOU de 1992 y el actual de 2013 es que sustituye en su hoja 15-13 de alineaciones y rasantes el retranqueo de 10 metros por una trama que se corresponde con un espacio libre privado, pero tanto antes como ahora tal franja de la parcela puede constituir un acceso rodado a la TF-29.

Todo lo cual supone que tampoco existe ningún obstáculo jurídico que permita considerar que la parcela de la interesada esté aislada de la TF-29.

4. Por último, en el informe complementario emitido por el Jefe de Proyectos y Obras de la Dirección General de Infraestructura Viaria de la Consejería (folios 303 y ss. del expediente), que está relacionado con la alegación de la interesada según la cual el art. 2.5.4 de la Normas de Ordenación Pormenorizada del PGOU establece que toda parcela, para ser considerada como solar, ha de contar con un acceso a vía pública pavimentada (entre otras las travesías de las carreteras se consideran legalmente como vía pública pavimentada) y que la TF-29 es una carretera, por tanto excluida normativamente de tal categoría, razón por la que se considera que está aislada, añadiéndose que TF-29 es una carretera convencional, cuyo titular es el

Cabildo Insular de Tenerife, que en virtud de lo dispuesto en el 45.2 de la LCC no puede ser considerada travesía.

En el informe complementario del Servicio de Valoraciones, se señala en relación con esta cuestión, aparte de ratificarse en todo lo anteriormente expuesto, que en el art. 25.4 de LCC se establece que:

«4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, cuando con el objeto de reunificar la explotación de fincas o restablecer accesos a las mismas que hubieran quedado dificultados con motivo de la existencia o nueva construcción de una carretera, se podrá autorizar la permanencia de los accesos ya existentes o la constitución de otros nuevos en la zona de dominio público o de servidumbre de protección, de circulación restringida o de libre acceso, según se disponga motivadamente por el titular de la vía, en función de sus características funcionales y nivel de servicio o alcance y condiciones de los bienes y derechos expropiados», lo cual implica que es el Cabildo Insular quien puede denegar o autorizar a la interesada el acceso directo a dicha vía de su titularidad y que el Cabildo, tanto durante la vigencia del anterior PGOU, como durante la del actual nunca ha emitido ningún informe, ni realizado actuación alguna que impida mantener a la interesada el acceso directo con la TF-29 y que, en el caso de que hipotéticamente tal impedimento se produjera en el futuro, se podría considerar como cierto tal aislamiento y los perjuicios económicos que del mismo se derivarían».

5. En definitiva, la interesada no ha logrado demostrar que hasta el momento actual se haya producido el hecho lesivo que alega en su reclamación, el aislamiento físico y jurídico de su parcela ni, en consecuencia, tampoco la realidad de los daños que reclama.

Asimismo, tampoco ha acreditado la existencia de impedimento alguno por parte del Cabildo Insular para hacer uso del acceso rodado a la TF-29 que existe en su parcela, como demostró ciertamente la Administración, y sólo en el caso de que tal impedimento existiera es cuando se podría considerar como cierto el aislamiento y los daños provenientes del mismo.

Es necesario precisar, además, que sólo cuando todo ello se produjera y se demostrara fehacientemente, este Consejo Consultivo podría pronunciarse sobre la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial entre las diferentes Administraciones Públicas actuantes y la valoración de los posibles daños, siempre y cuando la interesada decidiera presentar la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial.

6. El presupuesto objetivo de la acción de responsabilidad es que se haya producido una lesión. En sentido técnico, la lesión se califica de daño antijurídico y éste debe existir siempre, ya se trate de funcionamiento normal o anormal del servicio público, lo que no acontece en este caso.

Además, a los requisitos del daño se refiere el art. 139.2 LRJAP-PAC cuando afirma que «en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas». En este sentido, la efectividad del daño hace referencia a su realidad y existencia, que no se ha acreditado por la reclamante como se ha visto con las fotografías que incorpora el informe del Servicio de Valoraciones, en las que se aprecia claramente la existencia de acceso rodado a la finca de la reclamante desde la carretera TF-29.

El daño indemnizable es únicamente el que se ha producido de una forma real y efectiva, no siendo indemnizables los meramente conjeturados, eventuales o hipotéticos (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989 [RJ 1989, 809], con cita de otras muchas). Se exige en todo caso (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 200 [RJ 2000, 5989]), la «efectividad del daño o perjuicio producido, esto es, su realidad material, con prescindencia de las meras expectativas o conjeturas». No puede entenderse que se haya producido un daño real y efectivo si estamos ante una mera hipótesis de futuro que de ninguna manera es actual ni indefectible (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2002 [RJ 2002, 7974]). En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002 (RJ 2002, 7659), afirma que: «Ha sido pues la inexistencia de acreditación de la efectividad del daño, exigida por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, la determinante del rechazo de la pretensión de responsabilidad de la Administración (...)».

En la Sentencia de Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de la Audiencia Nacional, de 12 febrero 2013 (RJCA\2013\248), se resume la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la efectividad del daño y demás requisitos que deben concurrir en la responsabilidad patrimonial de la Administración, de la siguiente manera:

«Ex artículo 139.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) "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 (STS de 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 3388)).

Por lo tanto, la Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación efectuada, es conforme a Derecho, puesto que no se ha demostrado la realidad del hecho lesivo ni, por ello, que la interesada haya sufrido, con carácter efectivo, los daños por los que reclama.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...), resulta conforme a Derecho.