



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de enero de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Turismo, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia de la promulgación de la Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, añadida por la Disposición final quinta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, de Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (EXP. 588/2018 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Turismo, Cultura y Deportes, es la Propuesta de Resolución que desestima un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual, iniciado el 24 de abril de 2018 a solicitud de (...), como consecuencia de los daños derivados de la promulgación de la Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, añadida por la Disposición final quinta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias.

2. El reclamante cuantifica la indemnización solicitada en al menos 100.000 euros, lo que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería 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 con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

Administraciones Públicas (LPACAP), normativa esta última aplicable porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma. Además, también es de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4. En cuanto a la competencia para resolver el procedimiento, en el Dictamen 300/2015, de 2 de septiembre, con cita en el Dictamen 452/2013, ya habíamos afirmado que corresponde al Consejo de Gobierno de Canarias. Al respecto se mencionó 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 (tampoco dice nada la hoy la vigente LPACAP) 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, en un supuesto como el presente referido a la responsabilidad derivada de acto legislativo autonómico, no declarado inconstitucional, concretamente la Ley del Parlamento de Canarias 5/1986, de 28 de julio, del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias 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, señaló 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».

5. Este Consejo ya tuvo oportunidad de analizar determinados aspectos formales de este procedimiento, concluyendo, en el DCC 355/2018, que la Propuesta de

Resolución, que inadmitía la reclamación, no se ajustaba a Derecho porque, al no haberse dado audiencia al interesado, le provocaba indefensión.

Una vez retrotraído el procedimiento, consta en el expediente Informe de la Jefa de Servicio de Ordenación Turística de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, el preceptivo trámite de vista y audiencia al interesado e Informe de la Viceconsejería del Servicio Jurídico, así como nueva Propuesta de Resolución, que es el objeto del presente dictamen.

II

1. Los hechos por los que se reclaman son, en síntesis, los siguientes:

- El interesado es propietario del apartamento nº (...) del complejo denominado (...), situado en (...), en el municipio de San Bartolomé de Tirajana, construido en el año 1966.

- Se alega -porque tal circunstancia no está acreditada en el expediente- que desde la fecha que la edificación obtuvo licencia de primera ocupación, el uso previsto en la legislación y en los instrumentos de ordenación urbanística y territorial ha sido el residencial, pudiendo dedicarlo a su voluntad a la explotación como alojamiento turístico, de forma temporal, conservando siempre la posibilidad de recuperar la posesión para dedicarlo al uso residencial.

- El día 1 de enero de 2017 el apartamento en cuestión se encontraba en uso residencial por lo que, tras la entrada en vigor de la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, introducida por la disposición final quinta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, se le impide destinarlo a uso turístico y volver a recuperarlo para el uso residencial no turístico.

- Dada la fecha de construcción de su apartamento, su tiempo de vida útil es de, al menos, otros 50 años de acuerdo a la valoración de los factores recogidos en la ISO 15686 y en la Instrucción EHE-08, por lo que la nueva normativa, al obligarle a destinar el apartamento a uso turístico, le priva de los rendimientos netos del inmueble por arrendamiento no turístico, que ascienden a 210.000 euros (350 euros mensuales durante 50 años), de los que habrá que descontarle el precio que con uso mixto tendría la propiedad en este momento, 110.000 euros, siendo la diferencia la cantidad que se reclama como importe del daño ocasionado por la aprobación de la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2013.

Según el reclamante, la citada disposición transitoria séptima establece una auténtica prohibición o limitación singular al reducir el uso al exclusivo turístico, además con efecto retroactivo, impidiéndole el uso residencial propio si temporalmente lo dedica al uso turístico.

En definitiva, lo que plantea es que la aplicación de la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2013 le impide alternar a su voluntad el uso residencial de su apartamento con el uso turístico.

2. Consta Informe de la Secretaria General Técnica en el que se argumenta la prescripción del derecho a reclamar porque es la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, la que, en su caso, causó los daños por los que se reclama.

3. Consta Informe de la Jefa de Servicio de Ordenación Turística de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística en el que se concluye que la reclamación formulada carece manifiestamente de fundamento al no darse ninguno de los presupuestos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4. Consta Informe de la Viceconsejería del Servicio Jurídico que concluye que, con la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el presente caso no puede subsumirse en ninguno de los supuestos de responsabilidad del Estado Legislador previstos en su art. 32, pues ni el derecho a ser indemnizados está contemplado en la ley que presuntamente provoca el daño, ni ha sido declarada inconstitucional ni contraria al Derecho Europeo.

5. Dado el preceptivo trámite de audiencia al interesado y transcurrido el plazo para presentar alegaciones, no consta que las haya formulado.

6. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, promovida por el interesado, por daños derivados de actos legislativos como consecuencia de la promulgación de la Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, añadida por la Disposición final quinta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, por extemporánea (ya que el daño lo provoca la Ley 2/2013) y porque, además, tampoco se da ninguno de los supuestos de responsabilidad del Estado Legislador previstos en el art. 32 LRJSP, pues entiende que el derecho a ser indemnizados no está contemplado en la ley que presuntamente

provoca el daño, ni ha sido declarada inconstitucional ni, en fin, es contraria al Derecho Europeo.

III

1. Primeramente hemos de analizar si, como expone la Propuesta de Resolución, concurre la prescripción del derecho a reclamar, tal como establecen los arts. 65 y 67 LPACAP; esto es, si la solicitud de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha presentado una vez transcurrido el año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste el su efecto lesivo.

La Propuesta de Resolución arguye que en los arts. 5 y 25 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, ya se establecieron cuáles eran los usos permitidos en suelo turístico.

Así, pese a la exigencia legal de este deber de atenerse al uso turístico, así como que debían de estar ejecutadas las especializaciones de uso en las zonas turísticas, dada la existencia aún de usos residenciales, ya sea por incumplimiento del deber de atenerse al uso turístico o por no haberse ejecutado dicha especialización, la Ley 4/2017, de 13 de julio, a través de una nueva Disposición transitoria séptima añadida a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, vino a dar una solución a aquellos usos residenciales existentes a 1 de enero de 2017, considerándolos compatibles con los usos turísticos, y dejándolos en situación legal de consolidación. Y lo hace a través de una disposición de carácter transitorio cuya finalidad es la de facilitar el tránsito, de una realidad existente a 1 de enero de 2017, al régimen jurídico previsto ya en la Ley del año 2013, no implementando un nuevo régimen diferente al regulado en el indicado cuerpo normativo.

En consecuencia, la presunta lesión aducida no puede imputarse, ni considerarse producida, con la Disposición transitoria séptima, sino, en todo caso, al marco normativo creado por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, por lo que el derecho a reclamar del interesado habrá prescrito, en aplicación de lo establecido en el art. 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al haber transcurrido el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, que a tenor de lo dispuesto en su Disposición final quinta tuvo lugar el día 1 de junio de 2013, por ser el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias número 103, de 31 de mayo de 2013, siendo ésta, en su caso, la norma que habría causado un posible efecto lesivo al reclamante.

Como en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas rige el plazo de prescripción de un año establecido por el art. 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y que este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, en aplicación del principio de la «actio nata» o nacimiento de la acción, resulta evidente que el momento inicial del cómputo no puede ser sino el del día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial de Canarias número 103, de 31 de mayo de 2013, de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, toda vez que con la publicación y correspondiente entrada en vigor de la citada Ley 2/2013, de 29 de mayo, la persona presuntamente afectada tuvo ya conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria, haciendo jurídicamente posible el ejercicio de la acción que ahora promueve extemporáneamente. En consecuencia, el 1 de junio de 2013, que es el día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial de Canarias número 103, de 31 de mayo de 2013, de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, es el «dies a quo» que determina el inicio del cómputo del correspondiente plazo de un año para ejercitar la acción de reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el mentado art. 67.1 de Ley 39/2015, de 1 de octubre.

2. No obstante lo anterior, este Consejo no puede estar de acuerdo con ese razonamiento porque la Propuesta de Resolución utiliza argumentos de fondo para entender prescrito el derecho a reclamar, cuando el ejercicio de tal derecho es una cuestión meramente formal, ajena al fondo del asunto.

En efecto, el derecho a reclamar es consecuencia del principio de responsabilidad consagrado en el art. 9.3 CE y desarrollado en el 106, también de la Constitución, que atribuye a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La actual LPACAP, como antes en similares términos la Ley 30/1992, dispone en su art. 67 que los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar y que el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo.

La prescripción es una institución jurídica (que como la propia de la responsabilidad patrimonial es importada del derecho civil) que, para preservar la seguridad jurídica, sanciona la pereza o abandono en la defensa de los propios intereses privando al indolente de la acción para reclamar, por lo que por su propia naturaleza hay que interpretarla restrictivamente.

Por tanto, con independencia de que la reclamación se ajuste a Derecho o no en cuanto al fondo del asunto, ésta se podrá interponer -y, por ende, la Administración contra la que se dirija tendrá, si se dan el resto de requisitos formales, que admitirla a trámite e incoar el correspondiente procedimiento- siempre que se haga dentro del año contado a partir del momento en que se produjo el hecho o acto que motive la responsabilidad administrativa (o la indemnización) o en que se manifieste la lesión por la que se reclama.

El interesado imputa la causación del daño por el que reclama a la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, que entró en vigor, según su disposición final décima, el día 1 de septiembre de 2017. La reclamación se presentó el 24 de abril de 2018, antes pues de transcurrido el plazo de un año de prescripción, pero la Propuesta de Resolución, entrando en el fondo del asunto planteado, entiende erróneamente que el daño, de producirse -cuestión en la que no entra-, se le irroga por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, transcurrido sobradamente el plazo de prescripción.

En opinión de este Consejo, esta argumentación erosiona el derecho del interesado a reclamar, pues, con independencia de que se reúnan todos los requisitos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por ende, de que deba ser resarcido, la admisión de tal derecho a reclamar solo está condicionada a que, si se dan los requisitos de legitimación activa y pasiva, se presente la solicitud dentro del año de prescripción aludido.

Lo que no puede hacer la Administración es entrar a analizar parcialmente el fondo del asunto a los solos efectos de entender extemporánea la solicitud, porque su admisión es una cuestión formal ajena, en principio, a la de fondo. Si el reclamante ostenta legitimación activa (es interesado) y la Administración la pasiva y la solicitud de reclamación se interpuso dentro del año desde que se produjo el hecho o acto que motive la indemnización (la responsabilidad de la Administración), esta debe admitir la solicitud e incoar el correspondiente procedimiento en el que se

sustanciará si se dan los requisitos para satisfacer el derecho del reclamante a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por la lesión consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En el presente caso, que se reclama por la responsabilidad del Estado Legislador, el interesado ostenta legitimación activa como titular de un inmueble destinado a la explotación turística, el Gobierno de Canarias la pasiva (como titular del poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma) y la solicitud se ha presentado dentro del año desde que la Ley a la que se le imputa la presunta lesión entró en vigor, por lo que no es extemporánea, debiéndose entrar en el fondo de la cuestión planteada.

IV

1. La Propuesta de Resolución, acogiendo el criterio contenido en el Informe de la Viceconsejería del Servicio Jurídico, también entiende que se debe desestimar la reclamación porque tal supuesto de responsabilidad del Estado Legislador no tiene cabida en el primer párrafo del art. 32.3 LRJSP, que establece:

«Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen».

A la luz de este precepto y vista la jurisprudencia existente, entiende que cabe añadir como causa de desestimación el que nos encontramos ante normas con rango de ley que no prevén indemnización alguna y tampoco han sido declaradas inconstitucionales, esto es, por la no concurrencia del presupuesto exigido en el art. 32.3, primer párrafo, de la Ley 40/2015, para entrar a conocer una eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador: «cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen».

Así, se ha de tener en cuenta que, tal y como refleja el apartado II del Preámbulo de la Ley 40/2015, «Entre las novedades más destacables en este ámbito -el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas-, merecen especial mención los cambios introducidos en la regulación de la denominada "responsabilidad patrimonial del Estado Legislador" por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder; en su caso, a la indemnización que corresponda».

Así, el anteriormente transcrito primer párrafo del art. 32.3 de la Ley 40/2015, continúa con un novedoso párrafo segundo, y un apartado 4, que rezan:

«La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

Previendo el párrafo segundo del art. 34.1 de la Ley 40/2015, que:

«En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa».

Nótese que el tenor de estos nuevos preceptos, en particular el inciso «la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos», parece no dar cabida a la inicialmente referida línea jurisprudencial a la que pertenece la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011, conforme a la cual, podría reconocerse responsabilidad del Estado legislador respecto a la aplicación de una norma con rango de ley que ni tuviera naturaleza expropiatoria, ni haya sido declarada inconstitucional, ni haya sido declarada contraria al Derecho de la Unión Europea. Parecería que la Ley 40/2015 ha establecido un *numerus clausus* de tres supuestos en los que cabría analizar la posible responsabilidad del Estado legislador, ante actos legislativos que no tengan naturaleza expropiatoria:

1. Indemnización prevista en la propia Ley (art. 32.3, párrafo primero).
2. Daño derivado de precepto declarado inconstitucional (art. 32.3, párr. 2º, apartado a).
3. Daño derivado de precepto declarado contrario al Derecho de la Unión Europea (art. 32.3, párr. 2º, apartado b).

En el caso que nos ocupa, arguyen, no nos encontramos ante ninguno de estos tres supuestos, por lo que entendemos que procedería, asimismo, añadir también como causa de desestimación, la extemporaneidad de la reclamación por presentación anticipada, dado que tanto la norma con rango de ley en la que pretende fundar su pretensión el interesado (Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias, añadida por la Disposición final quinta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias), como los preceptos de la Ley 2/2013 aplicables al caso -fundamentalmente, arts. 23 a 25-, ni han sido declarados inconstitucionales, ni han sido declarados contrarios al Derecho de la Unión Europea.

2. Tampoco en esta ocasión este Consejo Consultivo puede compartir el criterio de la Propuesta de Resolución.

Con independencia de la regulación de la LRJSP, siguen quedando sin normar otros supuestos de responsabilidad del Estado Legislador, que no ha agotado todos los supuestos en los que es posible apreciar este tipo de responsabilidad.

Este supuesto es, en palabras del TS (STS de 25 de enero de 2011), 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 -que ni tiene naturaleza expropiatoria ni es inconstitucional-, «siempre y cuando conforme a los criterios generales del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial el daño o perjuicio alegado sea antijurídico» y, por tanto, los interesados no tengan el deber jurídico de soportar. Continúa señalando dicha resolución judicial, con cita de otras anteriores, que, «el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo, debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma precisamente por el carácter de generalidad de la misma deben ser soportadas en principio por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados en aras al interés público»; por lo tanto, la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo radica en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, siendo preciso «que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de

manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable».

Este supuesto de responsabilidad del Estado Legislador, que no estaba regulado en la LRJAP-PAC, tampoco es contemplado por la nueva LRJSP, circunstancia que no puede implicar que haya de desestimarse *a limine* las reclamaciones solicitadas que caigan en tal supuesto, pues se estaría vulnerando el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106 CE).

V

1. Pese a que la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante, no entra en el fondo de la cuestión, lo que impide que este Consejo pueda hacerlo sin traspasar las funciones que el OJ le tiene atribuido.

Tal función la hemos definido, entre tantas otras ocasiones, en el Fundamento IV del DCC 440/2017, del modo que sigue:

«Este Consejo Consultivo, como «supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma» (art. 44.1 EAC), ejerce su función con «independencia orgánica y funcional» y dictaminará sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de los asuntos que le sean sometidos en las materias señaladas en esta Ley (art. 1.1 LCCC). En cualquier caso, debe desempeñar sus funciones con objetividad (art. 1.2 LCCC) y sus dictámenes, que deben estar jurídicamente fundamentados, no pueden contener valoraciones de oportunidad y conveniencia (art. 3.1 LCCC). Deriva, por tanto, de esta regulación que el Consejo Consultivo desempeña una función de carácter fiscalizador y preventivo en relación, en general, con las normas jurídicas que resulten en cada caso de aplicación. Dictamina, por tanto, sobre la adecuación a Derecho de las Propuestas de Resolución (en los casos de asuntos de carácter administrativo) que culminan los procedimientos en cada ocasión tramitados y sobre las que se ha solicitado el Dictamen.

De tales previsiones se deduce que su función, en los asuntos que versan sobre la legalidad de la actuación de las Administraciones públicas canarias (art. 11.1.D LCCC), es consultiva, no administrativa, porque no forma parte de la instrucción de los procedimientos administrativos. No debe confundirse, por tanto, con la función asesora. Ésta es preparatoria de la función activa y se desarrolla en el seno del aparato administrativo que asiste al órgano activo. La consultiva, aun cuando precede a la activa, es sucesiva a la asesora y se encomienda a un ente o en todo caso a un órgano desconcentrado, que funciona con autonomía orgánica y funcional que cumple sus funciones relacionadas, principalmente, con

los procesos legislativos y constitucionales, además de las relativas al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno o de ciertas actuaciones de las Administraciones autonómica, local o especial (Dictámenes 77/1998, de 13 de octubre, y 91/2006, de 19 de abril).

La función consultiva en actuaciones administrativas como la que nos ocupa, a diferencia de la asesora, nos impide indicar a la Administración, en relación a un concreto expediente si concurren determinadas circunstancias para calificarlo de una u otra manera o cómo ha de actuar para resolverlo.

La finalidad de tal función consultiva es, una vez finalizada la instrucción de un determinado procedimiento, la de garantizar que tal actuación administrativa se realiza conforme a la legalidad, así como defender, en su caso, la corrección del procedimiento y los derechos e intereses legítimos de los que son parte en el mismo, lo que significa que el Consejo Consultivo no actúa en defensa de interés de parte, sino de la legalidad».

2. En el presente caso, la Administración autonómica no entra en el fondo del asunto aduciendo la extemporaneidad de la solicitud o la falta de concurrencia de los supuestos determinantes de la responsabilidad del Estado Legislador, de acuerdo con la normativa básica del Estado (LRJAP).

Estimado por este Consejo que tales argumentaciones no se ajustan a Derecho, ha de ser la Administración -y no este Consejo- la que, en cumplimiento de los arts. 88 y 91 LPACAP, analizando la reclamación, ha de decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas de la misma, así como pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para el surgimiento de la responsabilidad.

Entre otros aspectos, deberá así pronunciarse la Administración, en primer término, sobre la propia realidad del daño alegado, toda vez que, de acuerdo con la norma legal invocada de la que supuestamente deriva el hecho lesivo, la preexistencia eventual de un uso residencial determina su continuidad en situación legal de consolidación a lo largo de su vida útil (así como también, en relación todavía con el requisito del daño, habrá de determinar la Administración si considera o no suficiente la justificación ofrecida del presunto quebranto económico o detrimento patrimonial ocasionado).

Y de igual modo, deberá pronunciarse -a continuación, si se atiende al orden lógico- sobre la imputación del supuesto daño al acto legislativo al que en concreto el reclamante imputa su causación: muy particularmente importa destacar este concreto pormenor, porque si, en efecto, en contra del criterio del reclamante, sucediera que el daño supuestamente ocasionado, de entrada, pudiera provenir no ya

de la Ley 4/2017 que procede a la modificación de la Ley 2/2013, sino de la propia Ley 2/2013, como aduce la Administración (como fundamento -inadecuado, a nuestro parecer- para considerar producida la prescripción del derecho a reclamar), entonces procedería -eso sí- desestimar la reclamación, con base en la inobservancia de este requisito de fondo ya solo por esta razón (en tal caso, además, dicho sea ello incidentalmente, la Ley 2/2013 preveía la posibilidad de efectuar compensaciones: art. 25, para el cambio de usos turísticos y residenciales).

En definitiva, corresponde a la Administración pronunciarse sobre la concurrencia de la requerida relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda.

Y para ello deberá apreciar si se han realizado todos los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (esto es, si el procedimiento está completamente instruido), sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos (art. 75.1 LPACAP).

3. Por virtud de cuanto antecede, la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión del interesado, no se ajusta a Derecho, porque el derecho a reclamar no ha prescrito y porque nos encontramos ante uno de los supuestos que pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado legislador.

En la medida en que la Propuesta de Resolución no ha entrado en el fondo de la reclamación, se hace preciso determinar entonces si concurren o no los requisitos legales a que se supedita la reclamación de responsabilidad planteada en este caso.

Lo que hace necesario retrotraer el procedimiento a fin de determinar si se han realizado todos los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

Una vez realizados todos los actos de instrucción exigidos -con audiencia al interesado, en su caso, incluida, a su término-, se ha de dictar nueva Propuesta de Resolución que debe decidir sobre todas las cuestiones planteadas por el interesado y aquellas otras derivadas, así como pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos exigibles para el surgimiento de las responsabilidad patrimonial de la

Administración en los términos antedichos y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión del interesado, no se ajusta a Derecho, por virtud de las razones expresadas en los Fundamentos III y IV de este Dictamen, debiéndose en consecuencia proceder de acuerdo con lo igualmente indicado en el Fundamento V de dicho Dictamen.