



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 255/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de julio 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. 224/2019 ID)*.*

FUNDAMENTOS

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 mediante 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 pasiva y no extemporaneidad de la reclamación.

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 señaló 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, sobre Impuesto Especial sobre Combustibles derivados del Petróleo, el TS confirma la sentencia estimatoria dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en sentencias de 9 de octubre y 20 de octubre de 1998, 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 aquella, 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 ha tenido oportunidad de analizar por dos veces 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, mientras que en el DCC 23/2019 se manifestó en el sentido de que el derecho a

reclamar no había prescrito y que nos encontrábamos 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 había entrado en el fondo de la reclamación, era preciso determinar si concurren o no los requisitos legales a que se supedita la reclamación de responsabilidad planteada en este caso, por lo que se precisaba retrotraer el procedimiento a fin de determinar si se realizaron todos los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

6. Una vez realizados los actos de instrucción exigidos -con audiencia al interesado, en su caso, incluida, a su término-, se ha dictado nueva Propuesta de Resolución, que es el objeto del presente dictamen, en la que se vuelve a desestimar, por tercera vez, la pretensión patrimonial del interesado.

II

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

- El interesado es propietario del apartamento nº (...) del complejo denominado (...), 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. Retrotraído el procedimiento, al no tener la Administración por ciertos los hechos alegados por el interesado en cuanto a la legitimación activa, la calificación del uso asignado al inmueble construido, que resultan relevantes para la decisión del procedimiento, se procede a la apertura de un periodo de prueba, señalándose para la práctica de la misma un plazo de quince días hábiles, consistente en la aportación por el interesado al procedimiento de los siguientes documentos:

«- Título acreditativo de la propiedad de la unidad de alojamiento y de inscripción de la escritura de propiedad en el Registro de la Propiedad.

- Certificación de la referencia catastral.

- Certificación emitida por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en la que conste, según el planeamiento municipal vigente, la calificación del suelo en el que se construyó el inmueble (construido en el año 1966) sito en calle/avenida (...) nº (...), (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, así como acreditación de que se ha producido la especialización de usos en el ámbito territorial correspondiente en que se ubica el establecimiento.

-Certificado de empadronamiento acreditativo del domicilio y residencia del interesado en la unidad de alojamiento n.0 (...) del Complejo de Apartamentos Turístico (...), sito en San Bartolomé de Tirajana, a fecha 1 de enero de 2017.

-Contratos de arrendamiento de conformidad con la Ley de Arrendamientos Urbanos, formalizados por el interesado y un tercero, de la unidad de alojamiento n.0 (...) del Complejo de Apartamentos Turístico (...) con anterioridad a fecha 1 de enero de 2017.

- Modelo 400 de Alta Censal en el IGIC bajo el epígrafe de la actividad económica de alojamientos turísticos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.1 a) de la Ley 2011991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

- Modelo 420 del IGIC, presentados, de conformidad con la obligación establecida en el artículo 59.1 f), de la citada Ley 2011991, de 7 de junio, desde la fecha de adquisición de la unidad de alojamiento n.0 (...) del citado complejo turístico.

- Declaración del IRPF desde el año en que fue adquirida dicha unidad de alojamiento, en la que consten los rendimientos obtenidos por el alquiler de la citada unidad de alojamiento bien como uso turístico, bien como uso residencial.

- Facturas emitidas por el interesado o por tercero autorizado, referidas al servicio de alquiler turístico de la unidad de alojamiento n.0 (...), del Complejo de Apartamentos Turísticos (...), n.0 (...), sito en San Bartolomé de Tirajana, incluidas las emitidas por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 161912012, de 30 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, desde el año en el que se adquirió la propiedad.

- Certificación de técnico facultativo colegiado a los efectos de comprobación del valor de las rentas derivadas del uso residencial o del uso turístico de la citada unidad de alojamiento, así como, en su caso, la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de venta de la misma tras la entrada en vigor de la citada Disposición transitoria séptima de la Ley 212013, de 29 de mayo. Certificado que ha de ser emitido en relación con la unidad de

alojamiento n.0 (...) del Complejo de Apartamentos Turístico (...), n.0 (...), sito en San Bartolomé de Tirajana, a favor del reclamante, (...)».

Transcurrido el plazo de quince días hábiles para la práctica de la prueba -plazo que vencía el día 1 de marzo de 2019-, el interesado no aporta, y así consta acreditado, la documentación solicitada por el órgano instructor, en vista de lo cual se comunica al reclamante que a tenor de lo dispuesto en el art. 73.3 LPACAP, se le declara decaído en su derecho en el trámite de prueba, continuándose con la tramitación del procedimiento.

6. El 29 de marzo de 2019, notificado el día 5 de abril de 2019, se concede trámite de audiencia al interesado por plazo de diez días hábiles, para que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes. Plazo que transcurre sin que conste que se haya presentado alegaciones, documentos o justificaciones algunas.

7. 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 falta de legitimación activa, sin perjuicio de lo cual entra en el fondo de la cuestión planteada desestimándola porque no es posible apreciar la existencia de un nexo causal entre la acción/omisión y el resultado lesivo alegado, es decir, entre 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, y el perjuicio alegado por el reclamante; así como tampoco concurre el requisito de que el daño sea indemnizable al no ser efectivo ni evaluable económicamente.

III

1. Primeramente hemos de analizar si, como expone la Propuesta de Resolución, falta la legitimación activa del reclamante.

Se razona en la Propuesta de Resolución que se analiza que: «La legitimación activa "ad causam" está constituida por la especial relación entre el actor y el objeto del proceso que permite al primero ejercitar la acción en cuya virtud formula una determinada pretensión.

(...)

Conforme establece el artículo 1214 del Código Civil, siendo reiterado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, corresponde a la parte que se siente perjudicada por una actuación administrativa la carga de la prueba en relación a acreditar que concurren todos los requisitos necesarios.

La falta de legitimación "ad causam" comporta la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial del reclamante por referirse al fondo del asunto, según sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991 (RTC 1991/214), y sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1993 (RJ 1993/3555), 24 de mayo de 1978 (RJ 1978/2983), 26 de febrero de 1986 (RJ 1986/435) y 22 de febrero de 1986 (RJ 1986/2173), y lo mismo confirma la doctrina».

2. Como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen de 30 de diciembre de 2015:

«(E)l Tribunal Supremo ha establecido, reiteradamente, que el concepto de legitimación encierra un doble significado: legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*. La primera consiste en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en la necesidad de defenderlos. Por su parte, la legitimación *ad causam*, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, esta es la legitimación propiamente dicha.

El art. 31.1 a) de la Ley 30/1992 establece, en relación con el procedimiento administrativo, "se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos".

En relación con la responsabilidad patrimonial, tanto el artículo 106 como el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 se refieren como titulares del derecho a indemnización a los "particulares", término este que, a la luz de la interpretación jurisprudencial del mismo, ha de comprender a cualquier persona, sea física o jurídica, pública o privada, que hubiese sufrido la lesión que reúna los requisitos legalmente establecidos.

De lo anterior se deduce que el lesionado será el titular del derecho a indemnización y, por tanto, el que tendrá legitimación directa para incoar el procedimiento cuyo objeto sea el reconocimiento del derecho».

Esta doctrina ha llevado al Consejo de Estado, en numerosos dictámenes (ver los DDCE de 19 de abril de 2018, 31 de mayo de 2018, 31 de octubre de 2018, 3 de diciembre de 2015, 18 de diciembre de 2008, o 4 de marzo de 2004, por poner algunos ejemplos), faltando la acreditación de un título sobre los bienes o derechos presuntamente lesionados, a negar la existencia de legitimación para reclamar.

Por su parte, en nuestro Dictamen 462/2015, de 17 de diciembre, señalábamos que «(L)a legitimación para reclamar al amparo del art. 139.1 LRJAP-PAC (reproducción del 106.2 CE) la tiene todo aquel que haya sufrido un daño o perjuicio, en cuanto perjudicado, sin que para ello sea siempre necesario acreditar un título de dominio», siendo suficiente, aunque necesaria, que “ostente un derecho de uso sobre el bien dañado, por ejemplo, como usufructuario, arrendatario o mero usuario de la cosa».

3. En el presente caso, el reclamante ejercita una acción de declaración de responsabilidad patrimonial basada en que ostenta la propiedad de un inmueble, la unidad nº (...) del Complejo denominado (...), sito en (...) nº (...), término municipal de San Bartolomé de Tirajana, pero, pese a habersele solicitado en el período probatorio, no presenta título acreditativo de la propiedad del mismo, por lo que este Consejo Consultivo no puede sino coincidir con la Propuesta de Resolución en que no es posible considerar al reclamante como titular de ningún derecho sobre la unidad de alojamiento nº (...), del citado complejo turístico, cuya propiedad debe acreditar para ejercitar cualquier acción derivada de ello, lo que determina la desestimación de su pretensión resarcitoria.

La falta de respuesta al requerimiento cursado en fase de prueba para que aportara la documentación acreditativa de la concurrencia, cuando menos, de un interés legítimo para actuar impide a la Administración apreciar que en la persona interesada concurren las circunstancias determinantes de la existencia de legitimación activa para plantear la reclamación en los términos en que ésta se formula en este caso (legitimación “ad causam”).

Y recae sobre la persona interesada la carga de aportar los datos correspondientes.

Por otra parte, nada impide a la Administración resolver en el sentido expuesto, al término del procedimiento. No se ha producido el menor género de indefensión, al haber tenido ocasión la persona interesada, mediante el ejercicio de su propia iniciativa, de solventar y poner fin a las dudas existentes acerca de este concreto pormenor. Si concurre un óbice que impida una resolución de fondo, cabe apreciar su concurrencia al término del procedimiento.

4. Ahora bien, sigue a ello, asimismo, que no concurriendo en el presente caso la legitimación activa de acuerdo con lo expuesto, como ha venido razonando este Consejo cuando faltan los requisitos de legitimación pasiva o extemporaneidad de la reclamación (ver por todos los DDCC 77/2018 y 225/201, respectivamente), no

procede y resulta de todo punto impertinente que la Propuesta de Resolución entre en el fondo y aborde la cuestión de la reclamación patrimonial.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, en cuanto desestima la pretensión del interesado, se ajusta a Derecho, no debiendo entrar en el fondo de la cuestión planteada, tal como se razona en el Fundamento III.