



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 5 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de noviembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Turismo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), 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 (EXP. 391/2019 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Turismo, Industria y Comercio, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual, iniciado el 16 de julio de 2018 a instancia 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 (publicada en el BOC n.º 138, de 19 de julio de 2017).

2. La 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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las 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.

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. No se aprecian la existencia de deficiencias procedimentales que, por causar indefensión al interesado, impidan un pronunciamiento sobre la cuestión planteada.

II

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

- La interesada dice ser propietaria del inmueble n.º (...), del Complejo de Bungalows (...), Avenida (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, adquirido en el año 2010, y construido en 1985.

- Alega -porque tal circunstancia no está acreditada en el expediente- que desde la fecha en 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 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.

3. 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 los que se construyó el inmueble referido, 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 el mencionado inmueble, 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, 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 art. 59.1.a) de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

Modelo 420 del JGJC, presentados, de conformidad con la obligación establecida en el artículo 59.1.j), de la citada Ley 20/1991, de 7 de junio, desde la fecha de adquisición de la unidad de alojamiento 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, incluidas las emitidas por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 1619/2012, 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 2/2013, de 29 de mayo. Certificado que ha de ser emitido en relación con la referida unidad de alojamiento, a favor de la reclamante.

Notificado tal acuerdo y transcurrido el plazo concedido de quince días hábiles, la interesada presenta escrito acompañado de recibo del IBI. Reiterada la solicitud de documentación, no consta que haya sido atendida tal requerimiento.

4. Dado el preceptivo trámite de audiencia, la interesada no presenta alegaciones.

5. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de legitimación activa, ya que no acredita de modo alguno la propiedad del inmueble que, con la aplicación 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, no va a poder cambiar de uso, residencial o turístico, lo que le causa el daño patrimonial por el que reclama.

III

1. Razona 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 1.214 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. Esa falta de legitimación activa ya fue apreciada, en un supuesto idéntico, en nuestro Dictamen 255/2019, de 4 de julio, en el que argumentábamos:

«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, la reclamante ejercita una acción de declaración de responsabilidad patrimonial basada en que ostenta la propiedad del inmueble referido en el Fundamento II.1, pero, pese a habersele solicitado en varias ocasiones, no acredita la propiedad del mismo al tiempo en el que se produjo el presunto daño por el que reclama -sea mediante la aportación del correspondiente título de inscripción registral o a través de cualquier otro medio que pueda resultar fehaciente para acreditar su titularidad del bien sobre el funda su reclamación-, por lo que este Consejo no puede sino coincidir con la Propuesta de Resolución en que no es posible considerar a la reclamante como titular de ningún derecho sobre tal inmueble, que debe acreditar para ejercer cualquier acción derivada de ello, lo que determina la desestimación de su pretensión resarcitoria.

En todo caso, no está de más señalar también que en fase de prueba, a fin de esclarecer los hechos alegados por los que reclama, la reclamante tampoco procedió a remitir a la Administración ninguno de los documentos que ésta vino a solicitarle en dicho trance, a fin de tener por ciertos tales hechos *«en cuanto a la legitimación activa, el uso permitido en la legislación y en los documentos de ordenación de la parcela en la que fie construido el inmueble y la calificación del uso asignado al inmueble construido»*, como así se hizo efectivamente constar, y en la medida en que tales hechos sin duda resultan relevantes para la resolución del procedimiento.

Así, entre otra documentación igualmente esencial, se le vino a requerir a la sazón para la remisión de «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 1985) n.º (...), del Complejo de Bungalows (...), Avenida (...), 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», extremo de hecho que resulta imprescindible acreditar -sea a

través de dicha certificación o, en su caso, mediante documento público suficientemente fehaciente a tal efecto-, en tanto que constituye el primero de los presupuestos normativos (tampoco el único, por otra parte) sobre los que la reclamante habría de fundar eventualmente su derecho a reclamar.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, en cuanto desestima la reclamación patrimonial por falta de legitimación activa de la interesada, se ajusta a Derecho.