



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 157/2020

(Sección 1ª)

La Laguna, a 1 de junio de 2020.

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 iniciado por 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. 82/2020 ID)*.*

FUNDAMENTOS

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 15 de mayo 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 (publicada en el BOC n.º 138, de 19 de julio de 2017).

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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 presente procedimiento, corresponde a la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo en virtud de la delegación de competencias para resolver los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos llevada a cabo por Decreto 321/2019, de 19 de septiembre, (BOC número 187, de fecha 27 de septiembre de 2019), por el que se actualiza el Decreto 9/2019, de 4 de febrero.

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

6. A la tramitación del procedimiento en que se aprobó el presente Dictamen le resultó de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la tramitación y aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo.

No obstante, mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha procedido al levantamiento de la suspensión declarada por el Real Decreto 463/2020, a cuyo efecto su art. 9 dispone que *«con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas»*.

II

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

- El interesado dice ser propietario del apartamento/bungalow n.º (...), del Complejo (...), sito en calle/avenida (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, adquirido en el año 2006, y construido en 1985.

- Se 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. Con fecha 25 de mayo de 2018 se requiere al interesado desde la Secretaria General Técnica a los fines de que aporte DNI y proposición de prueba de lo manifestado concretando los medios de que intente valerse.

4. Con fecha 8 de junio de 2018 el interesado aporta, además de fotocopia de su DNI, certificado de administrador de la Entidad Mercantil Consorcio Inmobiliario Canario sobre la renta media a percibir por el alquiler residencial y turístico de los apartamentos y la dificultad de su venta por su baja rentabilidad y fotocopia de escritura de compraventa.

5. 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, mediante acuerdo de 21 de marzo de 2019 se acuerda proceder 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 1985) sito en calle/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.

- Certificado de empadronamiento acreditativo del domicilio y residencia del interesado en la unidad de alojamiento (...), del Complejo (...), sito en calle/avenida (...), del término municipal de 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.º

(...), del Complejo (...), sito en calle/avenida (...), 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 20/1991, 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.j), de la citada Ley 20/1991, de 7 de junio, desde la fecha de adquisición de la unidad de alojamiento n.º 66 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.º (...), del Complejo (...), sito en calle/avenida (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, 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 unidad de alojamiento n.º (...), del Complejo (...), sito en calle/avenida (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, a favor del reclamante.

6. Tal acuerdo fue notificado mediante publicación en el BOC 84, de 3 de mayo de 2019, y en el BOE 114, de 13 de mayo de 2019. Transcurrido el plazo concedido de quince días hábiles, no más que presenta recibo de haber pagado el último IBI.

La Administración le requiere mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2019 para que presente documentación acreditativa de la propiedad del inmueble, concediéndole nuevo plazo de 10 días, que se le notifica mediante publicación en el

BOC 132 de 11 de julio de 2019 y BOE 169 de 16 de julio de 2019, constando certificación de que el interesado no presentó escrito ni documentación alguna.

7. Dado el preceptivo trámite de audiencia, el interesado presenta escrito de contestación al Informe de la Jefa de Servicio de Ordenación Turística de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística.

8. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de legitimación activa, ya que no acredita 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 con 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 varios supuestos idénticos, en nuestros Dictámenes 417/2019 a 426/2019, en los 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, el reclamante ejercita una acción de declaración de responsabilidad patrimonial basada en que ostenta la propiedad del apartamento n.º

(...) del Complejo (...), sito en calle/avenida (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana; pero, pese a habersele solicitado en el período probatorio, no presenta título acreditativo de que ostentaba propiedad del mismo al tiempo en el que se produjo el presunto daño por el que reclama, por lo que este Consejo no puede sino coincidir con la Propuesta de Resolución en que no es posible considerar al 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.

El reclamante, en efecto, no presenta en el indicado trance, y a excepción del IBI, ninguno de los documentos que vino la Administración a solicitarle a la sazón, a fin de tener por ciertos los hechos sobre los que sustenta su reclamación «en cuanto a la legitimación activa, el uso permitido en la legislación y en los documentos de ordenación de la parcela en la que fue construido el inmueble y la calificación del uso asignado al inmueble construido», como así se hizo efectivamente constar (folios 83 y siguientes) y en la medida en que tales hechos sin duda resultan relevantes para la resolución del procedimiento.

Intentada en dos ocasiones la práctica de la notificación personal (folios 88 y 89), y habiendo resultado infructuosos ambos intentos, se procedió al preceptivo anuncio de la notificación en los boletines oficiales correspondientes (folios 90 y 91).

Pues bien, en la respuesta que propina mediante su escrito de 20 de mayo de 2019 (folios 94 y sigs.), si bien alega que acompaña a dicho escrito prueba acreditativa de la titularidad del inmueble sobre el que funda su reclamación (en particular, folio 95), lo cierto es que no lo hace.

Y así se le hace constar en el sucesivo requerimiento cursado a tal efecto para que aportara la documentación que afirmaba haber aportado (folio 98). Tras resultar infructuosa la notificación también en esta ocasión por dos veces (folios 99 y 100), de nuevo se publica el anuncio de notificación -los días 11 y 16 de julio de 2019- en los dos boletines oficiales (folios 101 y 102), sin que entonces se recibiera en la Administración respuesta alguna.

Acordada a continuación la práctica del trámite de audiencia el 7 de octubre siguiente (folio 105), y notificado dicho trámite el 10 (folios 106 y 107), sí se recoge ahora personalmente la notificación; y se formulan alegaciones el 23 de octubre siguiente (folios 112 y sigs.). Sin embargo, el reclamante, pese a que pudiera haberlo hecho, soslaya en éstas toda referencia y no ofrece la más mínima explicación sobre

la falta de cumplimentación del trámite a cuya satisfacción había quedado emplazado con anterioridad.

Descartada la legitimación activa del reclamante por virtud de cuanto antecede, no está de más agregar que, junto a esta documentación esencial, tampoco vino a aportar el resto de la que vino igualmente a solicitársele en el período probatorio (Acuerdo de 21 de marzo de 2019), y que asimismo resultaba imprescindible para acreditar la concurrencia de las premisas fácticas sobre cuya base podría prosperar su reclamación. Así, entre otra documentación igualmente necesaria, 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) sito en calle/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 también 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 del interesado, se ajusta a Derecho.