Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 7 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de julio de 2020.

Dictamen solicitado por la Excma. 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. 211/2020 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 19 de mayo 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. 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: Sra. de Haro Brito.**

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 activa y pasiva y no extemporaneidad de la reclamación.

4. En cuanto a la competencia para resolver el presente 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. 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*».

No obstante lo anterior, consta que, por Decreto 321/2019, de 19 de septiembre, que actualiza el Decreto 9/2019, de 4 de febrero, el Gobierno de Canarias acordó delegar en la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo la facultad de resolver los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada 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 Canaria.

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

II

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

- El interesado es propietario del apartamento/bungalow n.º (...), del Complejo denominado (...), sito en (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, a fecha 1 de enero de 2017, desde en el año 2004, habiendo sido construido en el año 1977.

- Alega que desde la fecha en que las edificaciones obtuvieron 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.

- Igualmente aduce que el día 1 de enero de 2017 se encontraba en explotación turística 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 recuperarlo para uso residencial no turístico posteriormente por estar en unidad de explotación, limitándose el uso al exclusivo turístico, y ello con efecto retroactivo a fecha anterior a la publicación de la referida Ley.

- Dada la fecha de construcción de su inmueble, según el reclamante, en el año 1977, 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 de los inmuebles 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 tendrían las propiedades 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 inmueble con el uso turístico.

2. El interesado, junto con su DNI, aporta en su escrito inicial:

- Certificado emitido con fecha 16 de mayo de 2018 por (...), del siguiente tenor literal:

«(...), administrador de la entidad mercantil (...), con domicilio en (...), de San Bartolomé de Tirajana, dedicado desde hace más de trece años a la compraventa, arrendamiento y explotación de inmuebles, a medio del presente,

CERTIFICO:

Que basándome en el comportamiento del mercado inmobiliario de apartamentos y bungalows con potencialidad turística residencial, teniendo en cuenta las oscilaciones lógicas relacionadas con la superficie útil y la temporalidad, como factor contractual, que, en ocasiones tiene reflejo en las rentas a percibir, puedo establecer las siguientes conclusiones:

Que la renta media a percibir por el arrendamiento, permanente o de temporada, de apartamentos o bungalows asciende a 700 euros/mes.

Que la renta media para percibir por la cesión a tercero de los aprovechamientos turísticos, dada la prohibición de alquilar de vivienda vacacional, asciende a 350 euros.

Que el precio medio de un apartamento o bungalow estándar, cumpliendo las condiciones mínimas de habitabilidad que cuente, al menos, con baño, cocina, salón y un dormitorio es de 100.000 euros.

• Que la imposibilidad de dedicar el apartamento o bungalow a un uso residencial por estar el 1 de enero de 2017 en explotación turística dificulta de manera extraordinaria su venta, al haber una demanda muy pobre de estos inmuebles, por su baja rentabilidad, y afecta a su precio de salida en al menos un 30%".

Y para que así conste, emito el presente Certificado en Maspalomas, a 16 de mayo de 2018».

3. Solicitado varias veces en relación con el presente expediente de responsabilidad patrimonial, se emite el Informe Técnico de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística con fecha 17 de mayo de 2019.

4. Se admite a trámite las pruebas propuestas por el interesado.

Asimismo, se procede a la apertura de un periodo de prueba, señalándose para su práctica un plazo de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación del citado Acuerdo, al no tenerse por ciertos los hechos alegados por el

interesado en cuanto a la legitimación activa, el uso permitido en la legislación y en los instrumentos de ordenación de la parcela en la que fue construido el inmueble, calificación del uso asignado al inmueble construido, que resultan relevantes para la decisión del procedimiento, consistente en practicar prueba documental, por juzgarla pertinente, consistente en la aportación por el interesado al procedimiento de los siguientes documentos en original o en copia auténtica:

- 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, sito en (...), 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.º (...), del Complejo denominado (...), 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 denominado (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, 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 IGIC, presentados, de conformidad con la obligación establecida en el art. 59.1.f) de la citada Ley 20/1991, de 7 de junio, desde la fecha de adquisición de la unidad de alojamiento n.º (...) 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 denominado (...), sito en (...), 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 denominado (...), sito en (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, a favor del reclamante.

5. Habiendo sido notificado el Acuerdo de apertura de período de prueba, el interesado no consta que se haya aportado documentación alguna.

6. Efectuado trámite de audiencia notificado con fecha 18 de octubre de 2019, por el interesado se presenta escrito que contiene observaciones al informe del Centro Directivo emitido con fecha 17 de mayo de 2019, teniendo por fecha 17 de septiembre de 2019, con entrada el día 22 de octubre de 2019 -la PR presenta errores respecto a este trámite que debieran ser subsanados-.

7. De conformidad con el art. 9 del 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, que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudó. Asimismo de conformidad con el apartado 2 de la Disposición derogatoria única, del citado Real Decreto, con efectos desde el 1 de junio de 2020, quedó derogada la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, que establecía la suspensión de plazos administrativos. La solicitud de dictamen a este Consejo tuvo entrada el 3 de junio de 2020.

8. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial ya que el interesado no acredita un interés legítimo para actuar, lo que impide a la Administración apreciar que concurren las circunstancias determinantes

de la existencia de legitimación activa para plantear la reclamación en los términos en que ésta se formula.

III

1. Como cuestión previa se plantea la falta de legitimación activa del reclamante, puesto que el interesado no ha presentado la documentación sobre la propiedad del inmueble.

En ese sentido, la Propuesta de Resolución que se analiza entiende 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 de la 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 viene siendo apreciada, en varios supuestos idénticos, por este Consejo (ver por todos el reciente Dictamen 160/2020, de 1 de junio), cuya doctrina al respecto en la siguiente:

«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, hemos de reiterar que 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 apartamento en el término municipal de San Bartolomé de Tirajana; pero, pese a habérsele solicitado en el período probatorio, no presenta ningún documento acreditativo de que es propietario del mismo al tiempo en el que se produjo el presunto daño por el que reclama -sea mediante la aportación del correspondiente título registral o a través de cualquier otro medio que pueda resultar fehaciente para acreditar su titularidad del bien sobre el que funda la reclamación-.

En todo caso, no está de más señalar que tampoco presenta ninguno de los otros documentos que igualmente vino la Administración a solicitarle en el indicado 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 fue 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 que dice de su propiedad, 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.

Por ello, este Consejo, en la línea de pareceres similares al presente, 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 por falta de legitimación activa.

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.