



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de enero de 2021.

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. 551/2020 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 (PR) de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual, iniciado el 6 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. Fajardo Spínola.

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. En cuanto a la legitimación activa nos remitimos al Fundamento III de este Dictamen.

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:

- La interesada dice ser propietaria de la unidad de alojamiento n.º (...) del Complejo denominado Apartamentos (...), sito en (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, a fecha 1 de enero de 2017.

- 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 el inmueble 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, si retornara al uso turístico se le impide volver destinarlo a uso residencial.

- Dada la fecha de construcción de su inmueble, 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 la 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. La interesada aporta como documentación en la que basa su reclamación, fotocopia de escritura de compraventa con la solicitud, y una vez requerida

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 9 de diciembre de 2019.

4. Se admiten a trámite las pruebas propuestas por la interesada.

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 la interesada 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 la interesada 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 de la interesada en la unidad de alojamiento n.º (...) del Complejo denominado Apartamentos (...), sito en (...), 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 la interesada y un tercero, de la unidad de alojamiento n.º (...) del Complejo denominado Apartamentos (...), 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 la interesada o por tercero autorizado, referidas al servicio de alquiler turístico de la unidad de alojamiento n.º (...) del Complejo denominado Apartamentos (...), sito en (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, 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 Apartamentos (...), sito en (...), del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, a favor de la reclamante.

5. Habiendo sido notificado el Acuerdo de apertura de período de prueba, la interesada no ha presentado ningún documento.

6. Efectuado trámite de audiencia, la interesada ni comparece ni consta que haya presentado alegaciones ni documentación alguna.

7. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial ya que la interesada 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 de la reclamante, puesto que según la PR la interesada 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».

A partir de esta apreciación la PR concluye desestimando la reclamación por falta de legitimación activa.

2. Sin embargo, del análisis del expediente se puede comprobar que la reclamante sí aportó una prueba de la propiedad sobre el inmueble en cuestión, al adjuntar al escrito de reclamación inicial fotocopia de la Escritura de compra del mismo.

La anterior comprobación nos lleva a rechazar por contraria a Derecho la Propuesta de Resolución que se somete a nuestra consulta, pues la reclamante está legitimada activamente en este procedimiento, al probar la titularidad dominical sobre el inmueble objeto de la reclamación, y en consecuencia contar con interés legítimo para reclamar.

La Administración consultante podrá instruir de nuevo el procedimiento de responsabilidad para proponer una nueva Propuesta de Resolución, que en tal caso habrá de ser sometida de nuevo a previo dictamen de este Consejo Consultivo.

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, no es conforme a Derecho.