



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 83 / 2021

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de marzo 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. 31/2021 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 13 de junio 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 (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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

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 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 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 Canarias.

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

II

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

- La interesada es propietaria de la unidad de alojamiento n.º (...), del Complejo de Apartamentos Turístico (...), 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, se le impide destinarlo a uso turístico y volver a recuperarlo para el uso residencial no turístico, facultad que la propiedad ha ostentado desde el día de primera ocupación.

- 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:

- 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».

- Fotocopia de escritura de compraventa otorgada ante Notario del Ilustre Colegio de Las Palmas a 15 de junio de 2006.

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 27 de febrero 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 de Apartamentos Turístico (...), 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 de Apartamentos Turístico (...), 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 la interesada o por tercero autorizado, referidas al servicio de alquiler turístico de la unidad de alojamiento n.º (...), del Complejo de

Apartamentos Turístico (...), 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 de Apartamentos Turístico (...), 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 aporta fotocopia de escritura de compraventa, que igualmente se adjunta con la reclamación por responsabilidad patrimonial y recibo del IBI del año 2018.

6. Efectuado trámite de audiencia, la interesada comparece ante el Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica de la extinta Consejería de Turismo Cultura y Deportes, sin que formule alegaciones; aunque con posterioridad con fecha 11 de octubre de 2019 presenta escrito de observaciones al Informe Técnico de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística de 27 de febrero de 2019.

7. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial ya que entiende que no concurren los requisitos esenciales para apreciar la responsabilidad patrimonial, toda vez que, no se aprecia la antijuricidad del daño, además la reclamante no ha acreditado un perjuicio real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado, sino que es, en todo caso, un daño potencial o futuro, basado en una mera expectativa, pues considera (...) *«que la imposibilidad de dedicar el apartamento o bungalow a un uso residencial por estar el 1 de enero de 2017 en explotación turística (en el caso que nos ocupa sería la imposibilidad de dedicar el apartamento o bungalow a un uso turístico por estar el 1 de enero de 2017 en explotación residencial), 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%»*; así como tampoco cabe apreciar relación de causalidad entre el hipotético daño cuya indemnización se reclama y 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, pues como ya se indicó, no queda acreditado que el citado apartamento quede dentro del ámbito de aplicación de la citada Disposición Transitoria Séptima de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, luego no cabe apreciar daño, y, como señala el Consejo Consultivo, aunque fuera de aplicación, el supuesto daño (prohibición de alternar, a su voluntad, el cambio de uso), lo infligió, en todo caso, la redacción originaria de la Ley 2/2013.

III

1. En desarrollo del art. 106.2 CE, el ahora vigente art. 32.3 LRJSP -cuya redacción es similar a la del art. 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- dispone que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

Añade también este apartado que la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también: a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4. b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea

En el presente caso, nos volvemos a encontrar ante un supuesto en el que se imputa responsabilidad a partir de una norma no declarada inconstitucional ni contraria al Derecho Europeo.

Por lo demás, en el supuesto que nos ocupa tampoco aparece legalmente contemplada de manera expresa la responsabilidad del Estado legislador. Pero no excluye ello, de entrada y sin más, su eventual procedencia. El silencio de las leyes acerca de las consecuencias indemnizatorias que pueden ocasionar ha de reputarse, no como una exclusión lisa y llana de la responsabilidad, sino como una aceptación y una remisión a lo dispuesto por las reglas generales rectoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo viene afirmando de manera reiterada y, por todas, es pertinente la cita de la Sentencia de 24 de abril de 2018, en tanto que a su vez se remite a otras resoluciones precedentes:

«Así, pues, en realidad, son, por tanto, tres los escenarios en que puede llegar a surgir la responsabilidad del Estado legislador. Como, por otra parte, a partir del artículo 9.3 de la Constitución y la proclamación en dicho precepto constitucional del principio de la responsabilidad de los poderes públicos, nuestra Sentencia de 11 de octubre de 1991 (Rec. 85/1987), ya había sabido tempranamente anticipar:

“- Medidas legislativas de carácter expropiatorio;

- Leyes declaradas inconstitucionales;

- Leyes constitucionales sin contenido expropiatorio cuando los resultados a los que conduzca su aplicación sean merecedores de algún género de compensación, es decir, que produzcan algún tipo de sacrificio especial respecto a un ciudadano o grupo de ciudadanos”.

En el supuesto que nos ocupa, nos encontraríamos, pues, en el tercero de los escenarios posibles, cuyo régimen jurídico ha resultado también perfilado por nuestra jurisprudencia, por ejemplo, en nuestras Sentencias de 13 de diciembre y 22 de noviembre (RCA 352/2012 y 268/2011, respectivamente), en los siguientes términos:

“Este tipo de responsabilidad, derivada de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, que se recoge por primera vez en el mentado artículo 139.3 de la Ley 30/1992, se encuentra en sintonía con el principio general de responsabilidad de los poderes públicos constitucionalmente recogido (artículo 9.3 de la CE), y en conexión con el reconocimiento a los particulares del derecho a ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos en los términos que establezca la Ley (artículo 106.2 de la CE). La acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la aplicación de un acto legislativo, o en este caso de la inactividad para legislar, y que el particular “no tenga el deber jurídico de soportar”, encuentra ajustado acomodo en el citado artículo 139.3 de la Ley 30/1992, que se refiere a su establecimiento en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos, según se contiene en el mentado artículo 139.3 de la Ley 30/1992. Esta modalidad de responsabilidad de los poderes públicos precisa también de la concurrencia, para que nazca la obligación de indemnizar, de los requisitos tradicionales (daño efectivo y antijurídico, imputabilidad, y nexo causal). Teniendo en cuenta, por lo que hace al caso, que respecto de la antijuridicidad, el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 dispone, con carácter general y respecto de la indemnización, que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley” (artículo 141.1 de la Ley 30/1992)».

2. De nuevo, en este caso, la interesada atribuye a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 2/2013, 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, la causación de un daño, pues le impide alternar a su voluntad el uso residencial de sus apartamentos con el uso turístico.

Ya en ocasiones anteriores hemos abordado la cuestión de si la norma produce el daño que se reclama; esto es, si es ella la que causa dicho daño. Decíamos en tales ocasiones (por todos, el DCC 36/2020, de 24 de enero) lo siguiente:

«Tal Disposición Transitoria Séptima de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, e renovación y modernización turística de Canarias es del siguiente tenor:

“Disposición Transitoria Séptima. Usos residenciales en zonas turísticas.

1. Los usos residenciales ya existentes el 1 de enero de 2017 en parcelas calificadas de uso turístico en el momento en que la ordenación urbanística haya ejecutado la especialización de usos en las zonas turísticas a que se refiere el artículo 25 de esta Ley, se consideran compatibles, quedando en situación legal de consolidación, sin que sea aplicable la declaración de incumplimiento del uso efectivo en aplicación del supuesto de cambio de uso no autorizado al que se refiere la legislación turística.

2. No obstante, la situación legal de consolidación a que se refiere el apartado anterior se limita única y exclusivamente a la continuidad de los usos residenciales existentes, quedando prohibidos los nuevos usos residenciales, así como el cambio de dicho uso a cualquier otro diferente del uso turístico asignado por el planeamiento, cuando ello afecte al principio de unidad de explotación fijado en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias”.

Para poder apreciar el alcance de la norma hemos de ponerla en relación con las demás que regulan la cuestión de la especialización de usos en suelo turístico.

Así, en los arts. 3, c), 5.2 y en los 23, 24 y 25 de la Ley 2/2013, en su redacción original, aparecen esa especialización de uso y las limitaciones al cambio de usos en los siguientes términos:

Artículo 3. Finalidad.

“Es finalidad de la propia Ley:

(...)

c) Evitar y, en su caso, reconducir la residencialización de las áreas turísticas”.

Artículo 5. Suelo turístico.

“2. En los establecimientos turísticos autorizados en suelos de uso turístico, independientemente de que se hayan erigido en parcelas o solares con uso mixto, no se permitirán cambios de uso de sus unidades de alojamiento turístico en residenciales.

3. Las limitaciones contenidas en los dos apartados anteriores podrán exceptuarse por los instrumentos de ordenación o por la legislación vigente que determinen la especialización de usos”.

Artículo 23. Deber de atenerse al uso turístico.

“1. Es deber de los titulares de los establecimientos turísticos destinarlos al ejercicio de la actividad turística, de alojamiento o complementaria, conforme a la calificación de uso asignada a la parcela por el planeamiento, y la del inmueble construido en ella según la licencia obtenida en el momento de su edificación en el caso de que la calificación fuera de uso mixto residencial o turístico indistintamente, así como atenerse a las limitaciones respecto al uso impuestas por el planeamiento, la legislación sectorial o de carácter convencional que le sean aplicables, sin perjuicio de la regulación específica para las villas incluidas en los artículos 31 y 32.

2. Los titulares de los establecimientos turísticos deberán hacer constar en el Registro de la Propiedad el uso a que está destinado la parcela y el inmueble, así como las limitaciones a la modificación del mismo según lo señalado en el apartado anterior. Dicha constancia se incluirá al inscribir la obra nueva o escritura de división horizontal, o bien mediante certificación municipal o cédula urbanística en los casos de edificaciones ya construidas, de conformidad con lo establecido en la normativa registral”.

Artículo 24. Declaración de incumplimiento del uso efectivo.

“Tras la tramitación del procedimiento que reglamentariamente se establezca y, en todo caso, con audiencia a los interesados, se podrá proceder a la declaración de incumplimiento del deber de atenerse al uso efectivo del establecimiento, y la sujeción del inmueble al régimen de sustitución, en los términos señalados en esta Ley, en los siguientes casos:

a) Cuando se haya producido un cambio de uso no autorizado o cuando no permanezcan en explotación turística más del 50% de las unidades, en aquellos establecimientos a los que les sea de aplicación la disposición transitoria de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

b) Cuando el titular o titulares de un establecimiento turístico o unidades alojativas, integrados en el mismo, cese de hecho en la actividad y este hecho, que conlleve una situación de abandono, se mantenga durante más un año sin que se hayan iniciado los trámites para la renovación del establecimiento o parte del mismo afectada, o su transformación en un equipamiento turístico complementario si el planeamiento lo admitiera”.

Artículo 25. Especialización de usos en las zonas turísticas.

“1. El planeamiento urbanístico o los planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad, dividirán en recintos de intervención el suelo turístico donde coexistan

usos turísticos y residenciales, bien por residencialización de establecimientos turísticos, bien porque el planeamiento anterior permitía indistintamente ambos usos, con objeto de encauzar su especialización en áreas de uso turístico exclusivo, de uso residencial exclusivo, o de compatibilidad. Al propio tiempo se programarán los plazos, medidas de compensación y condiciones en que deben llevarse a cabo los cambios desde el uso efectivo al asignado, y el régimen en situación legal de consolidación o de fuera de ordenación aplicable a los establecimientos turísticos que no se adapten a los cambios de uso.

2. El estudio del área o recinto analizará pormenorizadamente la tipología, calidad y densidad de la edificación residencial y turística, los espacios libres y equipamientos disponibles y la calidad de los servicios e infraestructuras, identificando las carencias existentes, con objeto de especializar las áreas en uno u otro uso o si, justificadamente, en función del diagnóstico efectuado, se opta por la compatibilidad de usos.

3. Con objeto de que se mantengan niveles de calidad adecuados, el plan preverá el mantenimiento y, si es viable, el incremento de las actuales reservas de espacios libres, equipamientos y dotaciones; y adoptará las medidas necesarias para ejecutar los mismos así como las infraestructuras y servicios necesarios que requiera el área o sector”.

De lo anterior se aprecia que las limitaciones contenidas en la disposición transitoria que se analiza no son introducidas ex novo por ella, antes al contrario, forman parte, según el preámbulo de la Ley 2/2013, de una política concreta, a saber: la reconducción de la residencialización de los establecimientos turísticos, que afecta a varias zonas de nuestros núcleos turísticos, en ocasiones con gran amplitud, que obliga al legislador a establecer el deber de los propietarios a atenerse al uso efectivo que ostenten las parcelas turísticas según el planeamiento y las autorizaciones obtenidas, ofreciendo diversos criterios para la especialización de las distintas áreas en el uso más adecuado, residencial o turístico, y los supuestos excepcionales de compatibilidad.

En este sentido, el Informe jurídico, emitido por el Servicio de Ordenación Turística, también coincide en que el apartado primero de esta disposición constituye una excepción a la política pública de protección del suelo tendente a evitar y “combatir” (sic) la residencialización de zonas turísticas, acordada por el Parlamento de Canarias, y desarrollada a través del planeamiento, territorial y municipal.

Todo ello se incluye en una política pública desde la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, para la que ha sido un objetivo que desde el planeamiento se evite el uso mixto, por el deterioro que la situación causa en la oferta turística, tratando de especializar hacia el uso residencial o hacia el uso turístico. En este sentido, la Memoria de las Directrices de Ordenación del Turismo establece:

“La afección entre los usos turístico y residencial tienen su origen básicamente en los diferentes hábitos, horarios, actitudes y necesidades de los residentes y los visitantes y en el uso diferente que ambos colectivos hacen tanto del espacio edificado como del espacio urbano; pero también en la reiterada experiencia de la utilización turística irregular de las edificaciones destinadas a uso residencial, fuera del control y la garantía de calidad y servicio que constituyen el objetivo de la regulación turística. Por unas y otras razones, las Directrices consideran que se debe evitar el uso mixto, por el deterioro que la situación causa en la oferta turística, revisando los instrumentos de planeamiento que permitan ambos usos en un mismo ámbito o sector, con el fin de especializar íntegramente los espacios en uno u otro destino.

En el caso de áreas en las que se encuentren consolidados ambos usos, el planeamiento tendrá entre sus objetivos deslindarlos y, en su caso, ordenar el proceso de transformación hacia la especialización. En estos casos, corresponde al planeamiento lograr una paulatina especialización del espacio, incluso de partes del mismo, excluyendo exclusivamente la posibilidad de nuevas implantaciones de ambos usos en una misma parcela, primando el mantenimiento del uso turístico alojativo sobre el residencial, sobre todo en las áreas que el planeamiento considere las más idóneas para alojamiento turístico insular”.

Pues bien, sobre la base expuesta, lo que viene a hacer 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, es flexibilizar los efectos de la especialización y la limitación del cambio de uso al permitir la compatibilidad de usos residenciales en zonas turísticas cuando ese uso residencial ya existiera el 1 de enero de 2017 en parcelas calificadas de uso turístico en el momento en que la ordenación urbanística haya ejecutado la especialización de usos en las zonas turísticas a que se refiere el art. 25 de esta Ley, quedando en situación legal de consolidación, sin que sea aplicable la declaración de incumplimiento del uso efectivo en aplicación del supuesto de cambio de uso no autorizado al que se refiere el art. 24, aunque dicha situación legal de consolidación se limita única y exclusivamente a la continuidad de los usos residenciales existentes, quedando prohibidos los nuevos usos residenciales, así como el cambio de dicho uso a cualquier otro diferente del uso turístico asignado por el planeamiento, cuando ello afecte al principio de unidad de explotación fijado en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

Constituye el ámbito de aplicación de la citada disposición transitoria los usos residenciales que cumplan las siguientes condiciones:

- que ya existan el 1 de enero de 2017,*
- en parcelas calificadas de uso turístico,*

- en aquellos territorios cuyos planes hayan ejecutado la especialización de usos que, en el objetivo iniciado por la Ley de Directrices, expresamente recoge la legislación turística en el art. 25 de la Ley 2/2013.

Dicho en otros términos, esta disposición Transitoria Séptima, pese a las obligaciones de especialización de uso y prohibiciones de cambios que ya establecen los arts. 5, 23 y 25 de la Ley 2/2013, flexibiliza las exigencias que resultan de estos preceptos a quienes se encuentran incurso en el ámbito de aplicación de la citada disposición al permitir la continuidad de uso residencial en zonas turísticas, quedando el inmueble -siempre que existiera el uso residencial a fecha de 1 de enero de 2017 en parcelas calificadas de uso turístico en el momento en que la ordenación urbanística haya ejecutado la especialización de usos en las zonas turísticas- en situación legal de consolidación -por lo que no les va a ser aplicable la declaración de incumplimiento de cambio de uso no autorizado del art. 24 de la Ley-, pero prohíbe tanto nuevos usos residenciales de inmuebles dedicados al uso turístico distintos al supuesto previsto, como el cambio a otros usos distintos de los inmuebles a los que se les permite mantener el uso residencial en zonas turísticas».

En definitiva, manifestábamos que la imposibilidad legal de alternar a voluntad del propietario del apartamento el uso residencial con el uso turístico la introduce y proviene de la propia Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias (arts. 5, 23 y 25), no de la Disposición Final Quinta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, que se limita a introducir la Disposición Transitoria Séptima que mitiga los efectos de los preceptos mencionados de aquélla, permitiendo en concreto que determinados inmuebles destinados a uso residencial en zonas turísticas puedan quedar en situación legal de consolidación si cumplen con determinados requisitos, excepcionándolos así de que se les aplique la declaración de incumplimiento de cambio de uso no autorizado, declaración que implicaría la sujeción de dichos inmuebles al régimen restrictivo de sustitución.

Como ya se ha indicado, el art. 32.3 LRJSP expresa que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. Y uno de los requisitos esenciales legalmente requeridos para el surgimiento de la indicada responsabilidad patrimonial es así la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida.

Pues bien, a tenor de las consideraciones precedentes, este Consejo Consultivo llegó a la conclusión de que no existía relación de causalidad 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 los supuestos daños alegados (pérdida de valor del inmueble como consecuencia de la especialización de uso y consecuente imposibilidad de cambio de uso, a voluntad, del mismo), pues al supuesto que nos ocupa no le es de aplicación la Disposición Final Quinta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (que introduce Disposición Transitoria Séptima) que excepciona las limitaciones impuestas, como se viene razonando, por los arts. 5, 23, 24 y 25 de la originaria Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias. Esto es, el pretendido daño derivado de la regulación legal no provendría de la última citada Ley 4/2017, de 13 de julio, legítima, por otro lado, sino que habría de situarse en la regulación original de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, esto es, nada menos que cuatro años antes.

3. La Propuesta de Resolución, además de recoger la doctrina expuesta, señala que la aplicación de la Disposición Transitoria Séptima al caso que nos ocupa es una cuestión de prueba, llegando a la conclusión de que no existe tal.

Este Consejo reitera que, en rigor, no sería necesario apreciar esa falta de acreditación para coincidir en la inexistencia de relación de causalidad y, por ende, de daño, porque por pura lógica no puede existir con la aplicación de la Disposición Transitoria Séptima al presente supuesto, pues su aplicación, primero, parte de la premisa de que la prohibición de alternar el uso a voluntad viene impuesta por la Ley 2/2013, y segundo, su aplicación supondría el disfrute de un régimen más beneficioso para el propietario del inmueble al exonerarlo, mediante la situación legal de consolidación del inmueble, de la declaración de incumplimiento de cambio de uso no autorizado y la consiguiente sujeción al régimen restrictivo de sustitución.

Dicho en otras palabras, la aprobación de la Disposición Transitoria Séptima en ningún caso produciría el daño alegado, sea porque no cumple los requisitos para su aplicación, como razona la Propuesta de Resolución, sea porque, aunque lo fuese, supondría que el supuesto daño (prohibición de alternar, a voluntad, el cambio de uso) lo causó la redacción originaria de la Ley 2/2013, que la aplicación de la Disposición Transitoria Séptima habría mitigado con el disfrute de un régimen más beneficioso para el propietario del inmueble, como se ha explicado.

Como hemos razonado, la supuesta lesión (pérdida de valor del inmueble o de las rentas provenientes de poder alternar, a voluntad, el uso del mismo) no es consecuencia de 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, sea porque no le es de aplicación, sea porque habiéndose aplicado, el supuesto daño lo causó la Ley 2/2013.

En definitiva, no existe relación de causalidad entre la aprobación de la norma y los daños por los que se reclama, por lo que sin ese requisito no es posible el nacimiento de la responsabilidad del Estado Legislador, de lo que sigue que se ha de desestimar, como plantea la Propuesta de Resolución, la reclamación de la interesada.

IV

1. No obstante lo expuesto, aun partiendo de la premisa de que, efectivamente, como alega la interesada, la citada Disposición Transitoria Séptima hubiera establecido una prohibición o limitación singular al reducir el uso al exclusivo turístico, además con efecto retroactivo, impidiéndole alternar a su voluntad el uso residencial de su apartamento con el uso turístico (en realidad, como acertadamente argumenta la Propuesta de Resolución, la interesada interpreta erróneamente el precepto, pues prima el uso turístico sobre el residencial, siendo este excepcional si reúne los tres requisitos que establece), no otra es la conclusión a la que se vuelve a llegar, pues las circunstancias con los casos anteriores son similares.

En efecto, hemos de recordar los criterios jurisprudenciales para admitir la existencia de la responsabilidad del Estado Legislador por normas no declaradas inconstitucionales ni contrarias al Derecho europeo, como es el caso, que causen un daño (art. 32.3 LRJSP).

Ciertamente, la jurisprudencia del TS, *«a partir del precepto legal, ha ensanchado los márgenes y su interpretación literal, reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator, sobre la base del art. 9.3 CE -que proclama el principio de responsabilidad de los poderes públicos-, con un valor normativo directo. Fuera de los supuestos de leyes declaradas inconstitucionales (y con la extensión que establezca el Tribunal Constitucional en su declaración) o que infrinjan caracterizadamente el ordenamiento de la Unión Europea, solo se ha admitido la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en los casos de leyes que, no teniendo reproche de inconstitucionalidad, sean materialmente expropiatorias o*

confiscatorias de derechos adquiridos (consolidados o patrimonializados), o, que impongan sacrificios singulares. En todos los casos, claro está, siempre y cuando el daño irrogado se antijurídico» (SSTS 1391/2019 de 17 octubre, y 857/2017, de 17 de mayo).

Sin embargo, no es menos cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, señala que *«el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria»*, añadiendo que las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *«ex novo»* modificativa de la situación normativa anterior, *«aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no solo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general»*.

En el mismo sentido se expresa la STC 112/2006, de 5 de abril, al indicar que el sacrificio singular no puede identificarse con las limitaciones que la Ley proyecta sobre el conjunto de los ciudadanos, *«aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran»*. Es congruente con todo ello la sentencia de 11 de junio de 2001, que señala el carácter restrictivo con que se aprecia la responsabilidad patrimonial en estos casos, concluyendo que: *«en términos generales excluye el derecho a indemnización y da prevalencia a la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley»*.

2. Como venimos exponiendo en los casos similares que hemos dictaminado, el precepto al que se le imputa la causación del daño se incardina dentro de una política pública de protección del suelo tendente a evitar y combatir la residencialización de zonas turísticas, acordada por el Parlamento de Canarias, y desarrollada a través del planeamiento, territorial y municipal, que se inicia en 2003. De hecho este Consejo ha dictaminado tanto el proyecto de Ley, como el Reglamento de desarrollo (DDCCC 466/2012, de 6 de octubre, y 175/2015, de 6 de mayo), sin que apreciara que esa política fuera contraria a Derecho o que pudiera producir daños

antijurídicos, por lo que, al ejercerse la potestad legislativa dentro de su amplia libertad de configuración normativa estableciendo una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales que tienen en cuenta las exigencias del interés general, los propietarios de dichos inmuebles tienen el deber de soportar las consecuencias de esas limitaciones, lo que -en palabras del TC- *«excluye el derecho a indemnización, ya que prevalece la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos»*.

Y en el contexto de la indicada evolución normativa, se sitúa ahora la nueva regulación legal (Ley 4/2017), de la que igualmente señalábamos en los dictámenes anteriores emitidos en supuestos similares al que se analiza (por todos, DCC 29/2020, de 24 de enero) lo que importa dejar ahora asimismo consignado de modo destacado:

«en ausencia en la normativa precedente (Ley 2/2013) de una previsión favorable a la continuidad de los usos residenciales en zonas turísticas, ésta es la apertura que propicia la nueva Disposición Transitoria Séptima que se añade ahora a la indicada normativa (por virtud de la Ley 4/2017), y en eso consiste justamente el “novum” que aporta a ella, bien que, limitadamente, para los usos residenciales que cumplan determinados requisitos que ya han sido reseñados (que ya existan el 1 de enero de 2017; en parcelas calificadas de uso turístico; en aquellos planes que hayan ejecutado la especialización de usos). En tal caso, quedan excluidos de la declaración de incumplimiento del uso efectivo (en aplicación de cambio de uso no autorizado), y consiguientes consecuencias, que de otro modo tendrían lugar.

Y en la medida que propicia esta apertura favorable al mantenimiento (compatibilidad) de tales usos residenciales, le es dable asimismo a esta disposición Transitoria, no solo delimitar los supuestos a los que se contrae su aplicación, sino también establecer el régimen jurídico al que quedan sujetos (situación legal de consolidación) y las condiciones que igualmente quedan obligados a observar (se admite así la continuidad de los usos residenciales existentes, pero no caben nuevos usos residenciales ni tampoco el cambio de dicho uso a cualquier otro diferente del uso turístico asignado por el planeamiento cuando afecte el principio de unidad de explotación)».

V

1. Abundando en otra vertiente de la antijuridicidad del daño, en la STS 97/2017, de 25 de enero, se señala que: *«la responsabilidad del Estado legislador, como una variante de la responsabilidad patrimonial, se ha de asentar sobre un daño antijurídico, es decir, que el interesado no tenga el deber de soportar. De modo que, si no se ha lesionado*

la confianza legítima y la seguridad jurídica, fácilmente se comprenderá que la conclusión es el que el daño no tendrá esa caracterización como antijurídico.

(...)

Respecto de la lesión de la confianza legítima, como trasunto de la seguridad jurídica, y con relevancia a los efectos sobre la antijuridicidad del daño, no podemos considerar que haya resultado lesionada, pues aunque es cierto que la Administración no puede adoptar decisiones que contravengan las perspectivas y esperanzas fundadas en sus propias decisiones anteriores, lo cierto es que en este caso las decisiones, sobre el cambio de regulación (en el régimen retributivo de la producción de energía eléctrica), no se había generado esa la necesaria confianza y certeza basada en la coherencia del comportamiento del Legislador y de la Administración, que desde luego no puede ser defraudada mediante una actuación sorprendente e inesperada.

(...)

Las reformas sucedidas en este ámbito sectorial han sido numerosas e importantes, de modo que no podemos considerar, a los efectos de la confianza legítima, que un observador atento de tales modificaciones, como las que se recogen en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 9/2013, pueda considerar que el sistema retributivo iba a permanecer inalterable durante la vida útil de la instalación. Ni tampoco que el apoyo a las energías renovables, en virtud de la Directiva 2009/28/CE (LCEur 2009, 780) que cita la recurrente, iba a comportar una petrificación del ordenamiento jurídico en este punto, ajeno a la evolución de la economía y de las desviaciones detectadas en el sistema eléctrico.

En definitiva, la confianza legítima requiere de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de los poderes públicos resulte contradictoria con los actos anteriores, por resultar sorprendente e incoherente (3). Lo que no acontece en este caso teniendo en cuenta esa evolución de los sucesivos cambios, atendido el intenso dinamismo en este sector, sometido a una fuerte intervención administrativa, en situación de crisis económica general, y de crisis estructural del sistema eléctrico, para la resolución del déficit de tarifa. De modo que la panorámica sobre la evolución del sistema nos hubiera conducido precisamente a una conclusión contraria a la que postula el recurrente, por lo que no podemos considerar que el cambio normativo en el que basa el daño alegado haya sido sorprendente, inesperado o incoherente respecto de las decisiones normativas anteriores. En fin, los cambios del sistema retributivo no resultaban, en este sentido, imprevisibles, pues estaban fundados en exigencias derivadas del interés público, al adaptar la regulación a esa cambiante situación económica.

(...)

Igualmente en la ya citada Sentencia de 1 de junio de 2016 hemos declarado “En el artículo 1.2 y en la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, se define y configura el mecanismo incentivador de las energías renovables, que pivota en torno al concepto de retribución específica, que resulta aplicable, en virtud de la disposición adicional primera de la referida norma, a todas las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, tienen derecho a un régimen económico primado, de modo que el juicio realizado por el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de dichas normas, conduce a rechazar que el Real Decreto 413/2014 vulnere los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad prohibida, al traer causa -en los extremos cuestionados en esta litis- de la regulación contenida en el referido Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/2013”. Concluyendo “En fin, son muy numerosos los pronunciamientos de esta Sala sobre la inexistencia de un derecho inmodificable, en favor de los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, y a las sentencias ya citadas cabe añadir, entre otras, las SSTS de 13 de septiembre de 2012 (RCA 48/2011), 15 de octubre de 2012 (RCA 64/2011), 10 de diciembre de 2012 (RCA 138/2011), 29 de enero de 2013 (RCA 232/2012), 25 de junio de 2013 (RCA 252/2012)), 1 de julio de 2013 (RCA 305/2012), 13 de enero de 2014 (RCA 357/2012), 3 de abril de 2014 (RCA 444/2014).

(...)

Los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia han establecido con claridad que los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima no obstan a que el titular de la potestad reglamentaria, introduzca cambios y modificaciones en el régimen retributivo”».

2. Aplicada la anterior jurisprudencia a las reclamaciones contra 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 del Suelo, ya hemos manifestado que no es posible apreciar que se haya lesionado la confianza legítima, como trasunto de la seguridad jurídica, no solo porque el cambio de regulación (sobre los usos residenciales en zonas turísticas) se inició como muy tarde con la Ley 2/2013, por lo que la introducción de la Disposición Transitoria que nos ocupa de ningún modo puede ser tildada como una actuación imprevista, sorprendente o inesperada y, precisamente por ello, no pudo haber quebrado la confianza entre sus destinatarios. Antes al contrario, la coherencia del Legislador ha ido en sentido inverso: dirigida a la consecución de una política concreta, la reconducción de la residencialización de los establecimientos turísticos,

estableciendo desde 2003 el deber de los propietarios de atenerse al uso efectivo que ostenten las parcelas turísticas según el planeamiento y las autorizaciones obtenidas, por lo que de nuevo hemos de concluir con la no existencia de antijuridicidad del daño por no haberse conculcado la confianza legítima de los propietarios, ya que (1), el precepto en cuestión mitiga los efectos de la normativa precedente; (2), en consecuencia con lo anterior, no se han podido quebrar esperanzas en el administrado, ni (3) la conducta final de los poderes públicos es contradictoria con los actos anteriores, por resultar sorprendente e incoherente, todo lo contrario, son congruentes con las políticas iniciadas al menos desde 2013.

VI

1. Por último, se reitera que la jurisprudencia señala que solo son indemnizables los daños «*reales y actuales*», excluyéndose así los perjuicios futuros o simplemente hipotéticos.

Así, la STC 14/2018, de 15 enero, afirma que *«carece de fundamento jurídico acudir a la Ley de Expropiación Forzosa, para encontrar la base indemnizatoria, especialmente en su artículo 40, a efectos de proceder a la capitalización del interés legal del dinero, cuando lo que se está ejercitando es una acción típicamente resarcitoria, basada en el principio constitucional de responsabilidad patrimonial, en la modalidad del Estado legislador, que tiene sus propias normas y principios indemnizatorios, en lo que se refiere a la prueba de los aludidos daños y perjuicios cuya carga de la prueba corresponde, en todo caso, a quien los alega, en función de lo que se dispone en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo inadmisibile cualquier alegación referida al concepto de justiprecio, en su cuantificación económica, al no resultar de aplicación la Ley de Expropiación Forzosa, pues la valoración de los daños y perjuicios alegados por la parte demandante, pueden cuantificarse perfectamente por medio de la correspondiente prueba pericial, referida siempre a acreditar los daños o perjuicios reales, efectivos y objetivos, y no las expectativas, conjeturas o incluso la indemnización de daños futuros»*.

Sobre el particular, además de en los dictámenes sobre esta materia, también en nuestro DCC 37/2018, de 1 de febrero, afirmábamos que:

«Ahora bien, el lucro cesante es un concepto que ha sido objeto de elaboración doctrinal y jurisprudencial, y que responde, a “las ganancias que se hayan dejado de obtener, en cuanto actúan como frustración de un aumento del patrimonio de quien resulta perjudicado, teniendo aplicación general, habiéndose mostrado la jurisprudencia al respecto restrictiva, pues excluye el ámbito de tales ganancias las futuribles, que son simples expectativas, pero no consolidadas por presentarse dudosas, al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro, por estar desprovistos de constatada certidumbre, siendo así que las

ganancias que pueden reclamarse son aquéllas en que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva; en todo caso, es preciso que se haya practicado prueba suficiente, respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1996)».

2. Este Consejo vuelve a coincidir con la Propuesta de Resolución en que la reclamante no ha acreditado un perjuicio real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado, ya que el certificado de (...) -única documentación aportada- nada prueba, siendo el supuesto daño -la pérdida de valor del inmueble o de las rentas por no poder dedicarlo a voluntad a usos residencial y turístico-, en todo caso, un daño potencial o futuro, basado en una mera expectativa, por lo que falta otro de los elementos para poder apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

3. A propósito de este concreto pormenor, de cualquier modo, resulta procedente dar respuesta también a las observaciones de la reclamante formuladas en su escrito presentado el 11 de octubre de 2019, ya citado (pese a que en lo sustancial no aportan nada nuevo respecto del Informe Técnico de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística con fecha 27 de febrero de 2019; y en rigor además no deben ser tenidas en cuenta tales observaciones en la resolución del procedimiento: en virtud de lo dispuesto por el art. 76 LPACAP, cabe formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento, pero siempre con anterioridad al trámite de audiencia, y son sólo dichas alegaciones las que han de tenerse en cuenta al resolver), que tratan de fundamentar su pretendido derecho a alternar el uso residencial con el turístico.

Según señala, en el momento en que se autorizó la edificación y, luego, la utilización turística, del inmueble en cuestión, el Derecho urbanístico español preconstitucional aún no diferenciaba entre el uso residencial y el turístico. Según la reclamante, *«el uso turístico diferente del residencial es una creación jurídica reciente, cuando ya estaba edificado casi todo San Bartolomé de Tirajana (sic)»*, y *«el concepto de alojamiento turístico se ata al concepto de habitabilidad, sin que ello deteriore la selección de uso y la pérdida de su naturaleza como vivienda»*. Como manifestación de la inexistencia -entonces- de diferencias entre los usos residencial y turístico, y su coexistencia en un mismo inmueble, el escrito de observaciones que se comenta cita el art. 1.1.2 de las Normas Subsidiarias de San Bartolomé de Tirajana, de 1987 y que eran las vigentes al construirse y empezar a utilizarse el edificio, y también la regulación por el subsiguiente Plan General (1996)

de un uso específico de segunda residencia. A partir de esta constatación la reclamante considera que la modificación legislativa de 2017 vino a alterar el marco legal de principios de los años setenta del pasado siglo, caracterizado por la indefinición de diferencias entre los usos residencial y turístico, y su derivada coexistencia; y justamente este cambio legislativo habría desconocido su derecho a la alternancia de usos, por lo que tendría que ser indemnizado.

En apoyo de su argumentación la reclamante cita también una STSJ de Canarias (cuya fecha y número no aporta, pero que se corresponde con la 1481/2017, de 21 de marzo, confirmada en casación por la STS 1766/2018 de 12 diciembre), que en su FJ 3.º advierte que *«las zonas turísticas se establecen sobre territorios en los que previamente pueden haberse implantado usos residenciales»*. Ello resulta innegable; en los suelos calificados de turísticos pueden coexistir usos residenciales, cuando así lo permite el planeamiento, o cuando se hubieran consolidado en las condiciones legalmente fijadas. Pero tal evidencia en nada fundamenta un derecho a la libre alternancia de usos en cualquier caso y circunstancia.

De entrada, ha de señalarse que la reclamante atribuye erróneamente a la Ley la definición de los usos de los suelos o de los edificios e instalaciones. Ya desde la Ley de 12 de mayo 1956 (art. 3) se atribuye al plan la definición de los usos del suelo y los edificios; y así las sucesivas leyes urbanísticas españolas hasta el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por RDL 7/2015, de 30 de octubre (art. 4.1). La legislación sectorial define algunos usos (así, el art. 2.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias enumera las distintas actividades del sector turístico, lo que define diversas modalidades de usos); pero siempre es el plan el que define tales usos en relación con concretos suelos o inmuebles. De ahí que el derecho al uso provenga de la ordenación urbanística, y no directamente de la Ley.

En consecuencia, cualquier pretensión indemnizatoria fundada en cambios que pretendidamente hayan supuesto limitaciones a los usos urbanísticos habrá que encuadrarla en el marco de la innovación del planeamiento; pero no podrá atribuirse a los cambios legales, como pretende la reclamante.

4. Por otra parte, como ya quedó consignado con anterioridad en otro lugar de este Dictamen, con reproducción del criterio asimismo sustentado en otros anteriores, constituye el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria Séptima sobre el que se sustenta la presente pretensión resarcitoria los usos residenciales que cumplan las siguientes condiciones:

- que ya existan el 1 de enero de 2017,
- en parcelas calificadas de uso turístico,
- en aquellos territorios cuyos planes hayan ejecutado la especialización de usos que, en el objetivo iniciado por la Ley de Directrices, expresamente recoge la legislación turística en el art. 25 de la Ley 2/2013.

En el supuesto que nos ocupa, en cuanto al primer requisito, que se trate de usos residenciales ejercidos como tales el 1 de enero de 2017, la reclamante señala en su escrito inicial que en el inmueble se desarrollaban en aquel momento usos residenciales, algo que no ha resultado probado. Tampoco ha quedado probada por la reclamante la alternancia de usos que proclama, al no presentar la prueba que la fundamentara y que le había reclamado la Administración instructora e, igualmente, no ha quedado acreditada la calificación como de uso turístico de la parcela sobre la que se asienta la edificación que integra el referido apartamento.

Y en cuanto al tercer requisito, que el edificio se ubique en un área donde el planeamiento ha establecido la especialización de usos, tampoco se cumple en este caso. Efectivamente, el planeamiento aplicable a esta zona era hasta época reciente el Plan de General de Ordenación urbana de 1996, si bien también viene afectado por el Plan de Modernización, mejora e incremento de la competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana, con la denominación de «*Maspalomas Costa Canaria*», aprobado por Decreto del Gobierno 90/2012, de 22 de noviembre, y por el Plan de Modernización, mejora e incremento de la competitividad del ámbito de «*El Veril*», aprobado por Decreto 373/2015, de 7 de consistente en la implantación de un equipo estructurante turístico y determinadas actuaciones públicas.

Sólo el Plan de Maspalomas Costa Canaria incorporó una previsión de especialización de usos; pero tal instrumento de ordenación ha sido recientemente anulado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de fecha 18 de octubre de 2018 por la que se ha desestimado el recurso de casación n.º 2621/2017 interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2016 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias contra el citado Decreto 90/2012, de 22 de noviembre. En consecuencia, al haber sido declarada la nulidad de dicho Plan, tampoco se cumple el requisito de la especialización de usos incluido en la comentada Disposición Transitoria Séptima.

En fin, no se ha acreditado que el apartamento por el que se reclama tuviera el 1 de enero de 2017 uso residencial, ni se ubicaba en un área en la que el planeamiento hubiera establecido la especialización de usos. No respondía al diseño fáctico a que se refiere la Disposición Transitoria Séptima, por lo que no cabe plantear que su establecimiento normativo por efecto del cambio legal introducido por la Ley 4/2017 pudiera afectarle, ni podrá en consecuencia obtenerse reparación indemnizatoria de un daño no producido.

Además, la aprobación de la Disposición Transitoria Séptima en ningún caso produciría el daño alegado, sea porque no cumple los requisitos para su aplicación, como razona la Propuesta de Resolución, sea porque, aunque lo fuese, supondría que el supuesto daño (prohibición de alternar, a voluntad, el cambio de uso) lo causó la redacción originaria de la Ley 2/2013, que la aplicación de la Disposición Transitoria Séptima habría mitigado con el disfrute de un régimen más beneficioso para el propietario del inmueble, como se ha explicado.

Ya así, solo por la falta de coincidencia del supuesto que nos ocupa con el descrito por la tan citada Disposición Transitoria Séptima, habría de venirse a desestimar, incluso «a *limine*», la reclamación, al no estar el inmueble concernido en el caso incluido en el supuesto legal de hecho del que se pretende derivar la privación de un derecho y la consiguiente indemnización.

VII

1. En definitiva, la Propuesta de Resolución se ajusta a Derecho al desestimar la reclamación de la interesada 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, ya que tal modificación legislativa no le produce el daño alegado -la pérdida de valor del inmueble o de las rentas por no poder dedicarlo a voluntad a usos residencial y turístico- puesto que dicha norma se limita a excepcionar las limitaciones impuestas por los arts. 5, 23, 24 y 25 de la originaria Ley 2/2013, no siéndole de aplicación.

2. Pero, aun en el caso que lo fuera, el precepto que -se alega- produce el daño por el que se reclama se incardina en dentro de una política pública de protección del suelo tendente a evitar y combatir la residencialización de zonas turísticas, acordada por el Parlamento de Canarias, y desarrollada a través del planeamiento,

territorial y municipal, que se inicia en 2003, por lo que este Consejo entiende que sigue una senda que se enmarca dentro de una normativa que no aprecia que sea contraria a Derecho o que produzca daños antijurídicos, por lo que los propietarios de dichos inmuebles tienen el deber de soportar las consecuencias de las eventuales limitaciones que pueda producir. Esto es, de existir daño, este no sería antijurídico; ergo, falta este otro de los elementos igualmente imprescindibles para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial.

3. Por su parte, este Consejo reitera en que no se ha lesionado la confianza legítima, derivada del principio de seguridad jurídica, porque el cambio de regulación (sobre los usos residenciales en zonas turísticas) se inició al menos con la Ley 2/2013, por lo que la introducción de la disposición transitoria que nos ocupa no puede ser tildada como una actuación sorprendente e inesperada o incoherente, de lo que se desprende que no pudo haberse erosionado confianza alguna. Antes al contrario, la coherencia del Legislador ha ido en sentido inverso: dirigida a la consecución de una política concreta, la reconducción de la residencialización de los establecimientos turísticos, estableciendo desde 2003 el deber de los propietarios de atenerse al uso efectivo que ostenten las parcelas turísticas según el planeamiento y las autorizaciones obtenidas, que la disposición cuestionada mitiga si se cumplen determinados requisitos. En consecuencia, tampoco habría antijuridicidad en el supuesto daño infligido.

4. Por último, quien reclama no ha acreditado un perjuicio real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado, ya que el certificado de (...) -única documentación aportada- nada prueba, siendo el supuesto daño -la pérdida de valor del inmueble o de las rentas por no poder dedicarlo a voluntad a usos residencial y turístico-, en todo caso, un daño potencial o futuro, basado en una mera expectativa. Por tanto, falta otro de los elementos necesarios en el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria por los daños ocasionados por 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 no concurrir los requisitos

esenciales para apreciar la responsabilidad patrimonial del legislador autonómico, se ajusta a Derecho.