Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 8 / 2 0 2 1

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de junio de 2021.

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. 309/2021 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 6 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. 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

[*] **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.

3. Concurren los requisitos de legitimación 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 reclaman son, en síntesis, los siguientes:

- El interesado es propietario de las siguientes unidades de alojamiento:

Apartamento/Bungalow número (...), del complejo denominado (...), sito en (...), término municipal de San Bartolomé de Tirajana, adquirido en el año 2013, habiendo sido construido el citado complejo en el año 1973.

Apartamento/Bungalow número (…), del complejo denominado(…), sito en (…), término municipal de San Bartolomé de Tirajana, adquirido en el año 2015, habiendo sido construido el citado complejo en el año 1973.

- Alega el interesado 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 los inmuebles en cuestión se encontraban 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 volver destinarlo a uso turístico.

- Dada la fecha de construcción de sus inmuebles, 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 cada uno (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 aporta como fundamento de su reclamación:

Fotocopia de 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 a percibir por la cesión a tercero de los aprovechamientos turísticos, dada la prohibición del alquiler 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 sobre 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 27 de febrero de 2019.

4. Se admite la prueba propuesta 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 (aunque se incurre en un error al identificar los inmuebles concernidos en el requerimiento cursado al efecto):

- Títulos acreditativos de las propiedades de las unidades de alojamiento y de inscripción de las escrituras de propiedad en el Registro de la Propiedad.

- Certificaciones de las referencias catastrales.

- 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 construyeron los siguientes inmuebles, así como acreditación de que se ha producido la especialización de usos en el ámbito territorial correspondiente en que se ubican los establecimientos:

Apartamento/Bungalow número (…), del complejo denominado(…), sito en (…), término municipal de San Bartolomé de Tirajana, adquirido el año 2000, habiendo sido construido el citado complejo el año 1987.

Apartamento/Bungalow n.º (…), del complejo denominado (…), sito en avenida (…), término municipal de San Bartolomé de Tirajana, adquirido el año 1994, habiendo sido construido el citado complejo el año 1987.

- Certificado de empadronamiento acreditativo del domicilio y residencia del interesado en las unidades de alojamiento antes citadas, 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 las citadas unidades de alojamiento, con anterioridad a fecha 1 de enero de 2017.

- Modelo 400 de Alta Censal en el IGIC bajo el epígrafe de la actividad económica de alojamientos turísticos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59.1.a) de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

- Modelo 420 del 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 las indicadas unidades de alojamiento.

- Declaración del IRPF desde el año en que fueron adquiridas dichas unidades de alojamiento, en las que consten los rendimientos obtenidos por el alquiler de las citadas unidades 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 las referidas unidades de alojamiento, incluidas las emitidas por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, desde el año en el que fueron adquiridas las propiedades.

- Certificación de técnico facultativo colegiado a los efectos de comprobación del valor de las rentas derivadas del uso residencial o del uso turístico de las citadas unidades de alojamiento, así como, en su caso, la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de venta de las mismas 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 las mentadas unidades de alojamiento, a favor del reclamante.

5. Solicitado dictamen de este Consejo, se desistió al advertir errores en la determinación de los inmuebles de totalidad del reclamante, por lo que se retrotrajo el procedimiento, evitando una posible indefensión, para reiterar los trámites pendientes.

6. Así, notificado el Acuerdo sobre medios de prueba, por el interesado no se han presentado los medios de prueba solicitados.

7. Efectuado trámite de audiencia, el interesado no ha formulado alegaciones ni ha presentado documentación alguna.

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 en ocasiones precedentes, en el presente caso se plantea la falta de legitimación activa del reclamante, puesto que no ha presentado la documentación sobre la propiedad de los inmuebles sobre los que el interesado funda su reclamación. En ese sentido, y como en esas otras ocasiones, la Propuesta de Resolución 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 del reclamante por referirse al fondo del asunto, según sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991 (RTC 1991/214), y sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1993 (RJ 1993/3555), 24 de mayo de 1978 (RJ 1978/2983), 26 de febrero de 1986 (RJ 1986/435) y 22 de febrero de 1986 (RJ 1986/2173), y lo mismo confirma la doctrina».

2. Esa falta de legitimación activa viene siendo apreciada, en todos los supuestos idénticos, por este Consejo (ver el último de ellos, el reciente Dictamen 181/2021, de 14 de abril), 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 (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 interesado ejercita una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial basada en que ostenta la propiedad de dos apartamentos 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 de los mismos al tiempo en el que se produjo el presunto daño por el que reclama -sea mediante la aportación de los correspondientes títulos registrales o a través de cualquier otro medio que pueda resultar fehaciente para acreditar la titularidad de los bienes sobre los que funda la reclamación-.

Tampoco está de más señalar que el reclamante no 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», extremos de hecho que resultan también imprescindibles acreditar -sea a través de dicha certificación o, en su caso, mediante documento público suficientemente fehaciente a tal efecto-, en tanto que constituyen presupuestos normativos sobre los que el interesado habría de fundar eventualmente su derecho a reclamar.

Por ello, este Consejo, en la línea de pareceres similares al presente, entiende ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución en el sentido de que no es posible considerar al reclamante como titular de ningún derecho sobre tales inmuebles, 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, es conforme a Derecho.