Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 7 8 / 2 0 2 1

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de diciembre 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. 551/2021 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 sendos procedimientos de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual (acumulados), iniciados el 5 de julio 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 del Consejo Consultivo de

[*] **Ponente: Sr. Suay Rincón.**

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 dos unidades de alojamiento, los n.º (…) y (…) del Complejo de Apartamentos Turístico Acebuches, sitos en la calle (...), 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 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 los 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 los apartamentos 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 cada uno, 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 sus inmuebles con el uso turístico.

2. La interesada aporta como medios de prueba:

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

«(...), administrador de la entidad mercantil (...), con domicilio en la Calle (...), 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».

- Escrito de fecha 20 de noviembre de 2018 solicitando se practiquen las siguientes pruebas:

1.- Solicitud a la Agencia Tributaria de Canarias de valoración económica de los apartamentos en el año 1972, en el año 2013 (con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2013), y en el año 2017 (con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2017).

2.- Solicitud de certificación o tasación del valor de los apartamentos a una sociedad de tasación homologada por el Banco de España y arquitecto colegiado y/o por agente de la propiedad inmobiliaria colegiado, año 1972, en el año 2013 (con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2013), y en el año 2017 (con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2017). Como documento complementario, adjunta de nuevo copia de certificación inmobiliaria de (...),

administrador de la entidad mercantil (...), de fecha 16/05/2018, donde pone de manifiesto la pérdida económica de los apartamentos con potencialidad turística en San Bartolomé de Tirajana por limitación de uso consecuencia en aplicación de las Leyes 2/2012 y 4/2017.

3.- Solicitud de informe a la Dirección General del Catastro, del Ministerio de Hacienda, sobre cambios del valor catastral de los apartamentos año 2017 (el momento de la adquisición), en el año 2013 (con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2013), y en el año 2017 (con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2017), como consecuencia de las limitaciones de uso, así como los motivos y repercusiones en la valoración que supone la modificación del uso principal del mismo a ocio y hostelería (Referencia Catastral 6415301DS4761N0002FY y 6415301DS4761N0008BS).

4.- Solicitud de informe al Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana núm. 1, sobre los apartamentos, donde explique los motivos y efectos de las leyendas añadidas recientemente sobre limitaciones de uso, vinculación de las unidades alojativas o similares, en referencia a la Ley 2/2013, sin tener en cuenta la Disposición transitoria séptima sobre compatibilidad de usos residenciales, así como el perjuicio del valor económico de los apartamentos.

3. Con fecha 19 de febrero de 2019, se acuerda la acumulación de los expedientes administrativos de responsabilidad patrimonial n.º 173/2018 y n.º 174/2018, promovidos a instancia de (...) sobre la base de lo previsto en el art. 57 LPACAP.

4. Se emiten por la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística sendos informes preceptivos con fecha 2 de diciembre de 2019.

5. Se admite a trámite la prueba propuesta por la interesada consistente en fotocopias de certificado emitido con fecha 16 de mayo de 2018 por (...), administrador de la entidad mercantil (...), prueba documental que se encuentra en poder de la Administración actuante por haberla presentado la reclamante junto a los escritos de fecha 11 de junio de 2018 y que, consecuentemente, ya obran incorporadas en los referenciados expedientes administrativos n.º R.P. 173/18, R.P n.º 174/18; y se procede a la apertura de un periodo de prueba, señalándose para la práctica de la misma 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.

6. Teniendo noticia del fallecimiento de la interesada, y habiendo intentado saber si tenía herederos, finalmente se desconoce, por lo que, a instancia de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos (en cuyo informe se concluye que: «*al conocer el fallecimiento de la persona interesada se habrá de continuar el procedimiento dirigiéndose a quienes la suceden, ex lege, en tal condición: los derecho-habientes de ésta. Si se carece de certeza, como es el caso, acerca de la identidad de dichos derecho-habientes (y de quién en su caso, los represente), y dado que el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es el cauce para determinar tal cuestión –de índole indudablemente civil-, los sucesivos actos procedimentales se habrán de dirigir, genéricamente, a los "herederos", "sucesores mortis causa", "causahabientes" o "derecho-habientes", de la persona interesada fallecida, acudiendo, cuando proceda, a la notificación vía boletín oficial del artículo 44 Ley 39/2015, según el cual: "Artículo 44. Notificación infructuosa. Cuando los interesadas en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado"*)», con fecha 28 de julio de 2021, se dicta por el órgano instructor providencia de retroacción, al momento de notificación del Acuerdo de Prueba, toda vez que la notificación del citado acuerdo se debió publicar en el BOE haciendo mención expresa a los herederos de la fallecida al desconocer su existencia, y en todo caso su identidad, a los efectos de poder continuar con el referido procedimiento.

7. Notificada la citada Providencia de retroacción, así como el Acuerdo de prueba, mediante su publicación en el BOE n.º 186 de fecha 5 de agosto de 2021, y transcurrido ampliamente el plazo conferido de quince días hábiles, contados desde el día siguiente al de la publicación del correspondiente anuncio en el BOE, sin que los herederos de la interesada, hubieran comparecido a los efectos de la notificación de la citada Providencia de retroacción y Acuerdo de Prueba, se procedió a notificar a los herederos de la interesada, mediante su publicación en el BOE n.º 231, de fecha 27 de septiembre de 2021, el correspondiente trámite de audiencia, sin que hayan comparecido a efectos de notificación.

8. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los presupuestos esenciales exigibles a fin de reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, 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; 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 alguno.

III

1. En desarrollo del art. 106.2 CE, el actualmente 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.

2. En el supuesto que nos ocupa, nos volvemos a encontrar ante un supuesto en el que se imputa responsabilidad del legislador a partir de una norma no declarada inconstitucional ni contraria al Derecho Europeo a la que se le achaca algún tipo de sacrificio especial, lo que no excluye, de entrada y sin más, su eventual procedencia, sino tal silencio sobre las eventuales consecuencias indemnizatorias que pueden ocasionar ha de reputarse, no como una exclusión lisa y llana de la responsabilidad, sino como una aceptación remisión a lo dispuesto por las reglas generales rectoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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)».

3. Ya hemos manifestado en todas las ocasiones anteriores sobre las que este Consejo Consultivo ha emitido su parecer que 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.

La imposibilidad legal de alternar a voluntad del propietario del apartamento el uso residencial con el uso turístico la introduce y proviene de la 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, este Consejo Consultivo ha llegado de forma reiterada y constante 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 a

los supuestos examinados por este Organismo no les 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, 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.

IV

1. No obstante lo anterior, aun partiendo de la premisa de que, efectivamente, como alegan los interesados, 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 igualmente habría de alcanzarse.

Hemos de recordar una vez más 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-Legislador, 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 hemos expuesto en todos los casos anteriores 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 consignado de modo destacado:

«Y sobre lo que la nueva regulación plantea, por lo demás, es preciso ahora volver a insistir: 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 requisito 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 sustentadas 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, se reitera también en este caso que tampoco es posible apreciar desde la perspectiva de la vulneración de la confianza legítima como trasunto de la seguridad jurídica, no solo porque, como ya se ha indicado, 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 insiste en que la jurisprudencia viene señalando 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 inadmisible 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 aprecia que la reclamante no han 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. Por otra parte, 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.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, aun cuando se pueda superar el escollo de que los inmuebles no tienen permitido uso vividero, en cuanto al primer requisito, que se trate de usos residenciales ejercidos como tales el 1 de enero de 2017, la reclamación se funda sobre la base de que en los inmuebles se desarrollaban en aquel momento usos residenciales, algo que no ha resultado probado.

Tampoco ha quedado probada la alternancia de usos que proclama, al no presentarse pruebas que la fundamentara y que se habían reclamado la Administración instructora.

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. Sólo el Plan de Maspalomas Costa Canaria incorporó una previsión de especialización de usos; pero tal instrumento de ordenación ha sido anulado por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 18 de octubre de 2018 por la que se ha desestimado el recurso de casación n.º 2621/2017 interpuesto contra la Sentencia de 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, como no se ha acreditado que los inmuebles por los que se reclama tuvieran el 1 de enero de 2017 uso residencial, ni que se ubicaran en un área en la que el planeamiento hubiera establecido la especialización de usos, resulta que el supuesto que nos ocupa 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.

Por lo demás, como se ha explicado en fundamentos anteriores, la aprobación de la Disposición Transitoria Séptima en ningún caso produciría el daño alegado, sea porque no cumple los requisitos para su aplicación, 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.

VII

Procede en suma alcanzar las conclusiones que siguen:

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 los inmuebles por los que se reclama no tienen uso vividero, luego no es de aplicación tal modificación legislativa, que regula usos residenciales en zonas turísticas.

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, quienes reclaman no han 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.

C O N C L U S I Ó N

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.